Gallus Aloys Kleinschrod's

Hofraths und Professors der Rechte auf der Julius-Universität
zu Wirzburg

systematische Entwickelung
der
Grundbegriffe und Grundwahrheiten
des
peinlichen Rechts
nach
der Natur der Sache und der positiven
Gesetzgebung.

Zweyter Theil
von Strafe überhaupt und derselben Anwendung.

Erlangen
bey Johann Jakob Palm
1794.

Erstes Kapitel.

Ursprung und Begriff der Strafen.

§. 1.

Recht des Beschädigten gegen seinen Beleidiger im Naturstande. Ursprung der Strafen.

Wenn man sich den Menschen im Naturstande denkt, so kann leicht der Fall eintreten, daß einer die Rechte und das Eigenthum des andern verletzt. Hier bleibt dem Beschädigten nichts anders übrig, als seinen Feind zu zwingen, daß er ihm das Unrecht vergüte, und ihn in eine Lage zu versetzen, daß alle fernere Beschädigung verhütet wird *). Nothwehr und Privatrache, jus laesi contra laedentem, sind in dieser Lage die einzigen Mittel, um sich gegen unerlaubte Angriffe zu schützen. Eine Selbsthülfe dieser Art hat der Regel nach keine Gränzen; oft geht sie in eine unnütze unedle Rache über; es ist kein Oberer da, der bestimmte Schranken vorzeichnete, sondern das Recht des Beschädigten geht ins Unend-

*) Pufendorf jur. natur. et gent. L. 8. C. 3. §. 7.

endliche, und die Verfolgung des Verbrechers hört auf, wenn es Jenem beliebt, oder die Fortsetzung unmöglich wird. — Aber bey dem Eintritte der Menschen in Gesellschaften verhielt sich die Sache anders. Vor allem mußte auf Privatgewalt Verzicht gethan werden, weil diese mit der Ruhe und Sicherheit, als den Hauptzwecken der Vereinigung, nicht bestehen konnte. Aber mit dieser Verzichtleistung gieng es langsam her. Rohe Völker konnten ihren Hang zur eigenmächtigen Gewalt unmöglich so geschwind aufgeben, und sich unter das Joch der Gesetze beugen. Die Oberhäupter der Gesellschaften thaten also vom Anfange nichts, als daß sie jene außer Stand zu schaden setzten, welche sich am ganzen Staate vergangen hatten. Hiebey bedienten sie sich meist der Vorgabe, als müßten gewisse Verbrecher auf Befehl der Gottheit bestraft werden; sie gebrauchten die Priester als Vollzieher der Strafen, und die rohesten Völker liessen sich das Joch gefallen, was ihnen unter dieser Decke aufgelegt ward *). In Privatstreitigkeiten mußte es der Obere gewöhnlich geschehen lassen, daß der Beleidigte sich gegen seinen Beleidiger Gewaltthätigkeiten erlaubte. Es war Politic der ersten Regenten, den Hausvätern die Schlichtung der Privatstreitigkeiten, die Bestrafung der Privatverbrechen zu überlassen, um jenen den neuen Staat desto annehmlicher zu machen, und sie zum Antritte in denselben zu bewegen **). Die Macht der Herrscher war noch

*) Aloys. Cremani de jure crimin. Ticini 1791. Vol. I. proleg. §. 4.

**) Ebenderselbe a. a. O. §. 8, und Note a.

noch nicht so groß, um sich dem Strome der Privatrache zu widersetzen.

§. 2.

Festere Gründung des Strafrechts der Völkerbeherrscher.

Aber nach und nach ward Privatgewalt doch beschränkt und endlich ganz aufgehoben. Erstens bestimmten die Regenten die Gränzen der Rache. Dieß veranlaßte das Wiedervergeltungsrecht, jus talionis, welches die Schranken der Privatgewalt in sich enthielt, wie weit der Beschädigte gehen durfte *). Sie suchten sodann jene vor Privatrache zu schützen, die einen andern durch Zufall beschädigt hatten. Daher der Ursprung der Freystätten. Ferner machten die Obrigkeiten den Beschädigten den Vorschlag, ob sie nicht gegen Erhaltung einer Summe Geldes von der Privatrache abstehen, und ihrem Beleidiger verzeihen wollten, wenn er ihnen einen Theil seines Vermögens übergeben würde. Daher bey den rohesten Völkern ein so häufiger Gebrauch der Geldstrafen. Sie waren das Lösegeld des Verbrechers, weckten den Geitz des Beschädigten, und besänftigten dessen Hang zu Verfolgung seines Verletzers **). Auch verband

 man

*) Cremani a. a. O. §. 17. 18. Feder Untersuchungen über den menschlichen Willen Th. III. §. 87.

**) Cremani a. a. O. §. 22. Filangieri System der Gesetzgebung Band IV. Kap. 35. S. 162 folg. der Anspach. Uebers. Feder a. a. O.

man mit der Privatrache den Begriff, daß man dadurch das Unrecht verfolgte, was dem Obern widerfahren war. Man machte die erlittene Unbild auch zur Beleidigung Gottes und des Regenten, suchte nicht nur in seinem sondern auch dieser Obern Namen Rache auszuüben *). Dadurch mischten sich die Regenten in die Sache, und brachten es endlich dahin, daß sie allein die Rechte des Beleidigten gegen den Verbrecher durften geltend machen.

§. 3.

Erste Beschaffenheit und Wachsthum des Strafrechts der Regenten.

Vom Anfange mochte dieses Recht des Oberhaupts blose Nothwehr gewesen seyn. Vermuthlich war kein bestimmtes Gesetz gegen künftige Verbrechen da, sondern wenn eine Missethat war begangen worden, so übte der Herrscher gegen deren Urheber Rache aus, setzte ihn ausser Stand zu schaden, und zwang ihn, das Unrecht zu vergüten. In der Folge giengen die Regenten auch einen Schritt weiter. Sie gaben Gesetze und Verordnungen gegen künftige Verbrechen. Dieß thaten sie entweder allein, wenn sie als Eroberer einen Staat gegründet hatten, oder mit Zuziehung des Volks, wenn die Gesellschaft auf einem Vertrage beruhte. Zuerst wurden nur solche Handlungen untersagt, welche Leben und Eigenthum (dieses Wort im weitesten Sinne genommen) angriffen. Aber da die Einrichtung der Staaten fester

ward,

*) Feder a. a. O.

ward, da die Policey mehr zu wirken anfieng, gieng das Verboth auch auf solche Thaten, die dem einzelnen Menschen nicht unmittelbar schädlich waren, doch die Ordnung und Sicherheit des Ganzen verletzten. Daraus entstand eine doppelte Classe von Verbrechen und Strafen. Einmal mußte der Staat und in dessen Namen der Regent die natülichen Rechte des Menschen schützen, da sie eben um dieses Schutzes willen sich verbunden hatten. Zweytens konnte der Staat die Bedingungen vorschreiben, unter welchen es erlaubet seyn soll, in die Gesellschaft zu treten oder darin zu verbleiben *).

§. 4.

Begriff von Strafe. Entwickelung des Grundsatzes, daß jede Strafe ein Uebel enthalten müsse.

Aber das bloße Verboth, die Grundrechte der Menschheit nicht zu stören, das bloße Geboth, sich der gesellschaftlichen Ordnung zu fügen, war nicht hinlänglich, um die Menschen von unerlaubten Handlungen zurückzuhalten. Diese gewähren oft wirklichen Nutzen und zum wenigsten Vergnügen, also ein bloßes Verboth konnte den Reitz dazu nicht benehmen. Man mußte vielmehr dem Urheber der gesetzwidrigen That ein Uebel drohen, und darin liegt der Grundbegriff von Strafe **). Diese

 nämlich

*) Servin über die peinliche Gesetzgebung B. I. §. 4. S. 9. der Nürnbergschen Uebersetzung.

**) Von Globig und Huster Abh. über die Criminalgesetzgebung S. 47—50. Graf Soden Geist der teutschen Criminal-

nämlich im allgemeinen ist dasjenige Uebel, welches die höchste Gewalt jenem droht, der durch Handlung oder Unterlassung ein Gesetz überschreiten wird, das etwas unter Strafe gebietet oder verbietet *). Jede Strafe enthält ein Uebel. Der Verbrecher läßt sich von seinem natürlichen Triebe fortreißen; er unterläßt es sich dem Sittengesetze unterzuordnen; er fehlt aus einem Uebermaaße unbezähmter Sinnlichkeit, aus einem Misbrauche seiner Freyheit. Also muß er gezwungen werden, daß er von fernern Missethaten abstehe **); weil er seine Freyheit nicht dazu anwandte, um der Forderung des Gesetzes Genüge zu thun, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, so muß er dem Gesetze unterworfen, das ist, die Nothwendigkeit sich dem Gesetze zu fügen ihm aufgelegt werden ***). Nutzen oder Vergnügen, überhaupt Wohlbehagen voluptas ist die Ursache woraus Verbrechen entstehen. In diesem Zustande wünscht sich der Mensch zu verbleiben, und flieht nichts mehr als den Schmerzen oder die unangenehmen Empfindungen. Dieser letzte Zustand

nalgesetze Th. I. §. 37. Renazzi elem. jur. crimin. L. II. C. III. §. 3.

*) Aehnlich ist die Idee, welche Renazzi a. a. O. §. 2. liefert, nur setzt er den Zweck der Strafen in den Begriff, der aber deswegen nicht hinein gehört, weil er nicht immer der nämliche ist.

**) Sehr schön erklärt sich hierüber Segner in dem Programm, welches in Michaelis mosaischem Rechte in der Vorrede zum sechsten Theile befindlich ist S. 14 folg.

***) Schaumann wissensch. Naturrecht §. 130. 131.

stand macht den Menschen unglücklich und verursacht daß er denselben mehr verabscheut, als er Wohlbehagen und Wollust sucht. Denn deren Abwesenheit ist kein so positives Unglück wie das Daseyn des Schmerzens. Wird nun mit der Begehung einer Missethat eine unangenehme Empfindung verbunden, so ergiebt sich aus der eben erwähnten Natur des Menschen, daß eine solche Drohung einen kräftigen Schrecken wirken müsse *). Strafen sind entweder physische oder moralische Uebel. Wirksamer sind die ersten als die letzten. Denn durch jene wird der Mensch entweder ganz außer Stand gesetzt zu schaden, oder er wird kräftiger zurückgeschreckt, wenn das Vorhaben eines Verbrechens in ihm entstehen sollte. Eigentlicher Zwang oder Schrecken läßt sich nur durch physische Mittel bewirken. Moralische Uebel lassen dem Menschen mehr Willkühr, beschränken seine Freyheit nicht so sehr, lassen eher einen fernern Misbrauch derselben zu, sind also nicht so wirksam, als die erstgedachten. Unterdessen, da man die Menschen nicht immer durch physischen Zwang bezähmen kann, mußten die Gesetze auch zu moralischen Uebeln ihre Zuflucht nehmen, da sie ihr Ansehen nicht allezeit durch physische behaupten können. Beyspiele davon sind Ehrlosigkeit, Kirchenbuße, gerichtlicher Verweiß, Widerruf, Abbitte u. s. w. Daß in jeder Strafe ein Uebel, eine unangenehme Empfindung liegen müsse, ergiebt die Natur der Sache. Es soll daraus ein Gegengewicht gegen die Reitze des Verbrechens entstehen; dieß kann

*) Renazzi a. a. O. L. II. C. II. §. 4.

kann aber nicht anders gedacht werden, als dadurch, daß man durch die Strafe das Gegentheil von dem zu fürchten hat, was man durch das Verbrechen hofte *). Der Abhaltungsgrund kann also in keinem andern Puncte, als in der Drohung eines Uebels bestehen. Dieses wirket Schrecken in jenen, die den Gedanken einer Missethat gefaßt haben, und unangenehme Empfindung bey denjenigen, welche ein Verbrechen vollbrachten, und sich der Vollziehung der Strafe unterwerfen müssen.

§. 5.

Gehört der Begriff eines Obern zur Idee von Strafe? Unterschied zwischen dieser und Privatgewalt, oder den natürlichen Folgen eines Verbrechens.

Zum Begriffe einer Strafe muß nothwendig die Idee eines Obern angenommen werden. Denn Strafen sind eine bürgerliche Einrichtung, die erst mit den Staaten und Gesellschaften entstand. Im außergesellschaftlichen Zustande haben zwar Beleidigte das jus laesi contra laedentem; daß aber dieß wesentlich von den Strafen verschieden sey, wird sich gleich ergeben. Strafen gab es in diesem Zustande nicht. Bey der Errichtung der Staaten mußten die Mitglieder auf Privatrache und eigenmächtigen Schutz, dringende Fälle ausgenommen, Verzicht thun, und diesen Schutz dem Staate und Regenten über-

*) Michaelis Gedanken über die Lehre der heil. Schrift von der Sünde und Genugthuung §. 24. Gmelin Grundſ. der Gesetzgeb. über Verbr. u. Strafen §. 23.

überlassen, den er aber nicht anders, als durch Strafverbote gewähren kann. Dieß ist die Grundveranlassung aller Strafen *).

In diesem Sinne unterscheidet sich Strafe von Privatgewalt, Nothwehr und den natürlichen Folgen des Verbrechens. Wenn das Mädchen aus dem unehelichen Beyschlafe schwanger wird, so ist dieß natürliche Folge ihrer That, keine Strafe. Hätte dieses Ereigniß die letzte Eigenschaft, so könnte der Staat deswegen nie strafen, da Niemand wegen der nämlichen That doppelte Strafe leiden kann. Privatrache hat keine bestimmte Form, keine Gränzen, kann von Jedem ausgeübt werden; Strafe wird vom Gesetze gedroht, hat von diesem ihre Schranken und zum wenigsten im allgemeinen ihre Form. Diese wird gegen künftige Fälle gerichtet; jene setzt eine schon geschehene Beschädigung voraus. Jene hat zum Zweck theils Ersatz des Schadens, theils Sicherheit gegen künftige Fälle; die Absicht der Strafen ist nach dem, was unten davon vorkommen wird, viel verschie-

 dener.

*) Daß der Begriff eines Obern zu der Idee von Strafe nicht nothwendig sey, behaupten Filangieri System der Gesetzg. B. IV. S. 42. Grotius de jure belli et pacis, L. II. C. 20. §. 7. 22. Schaumann wissenschaftl. Naturrecht §. 271. Mit richtigern Gründen aber behaupten das Gegentheil Malblanc de poenis ab effectibus defensionis naturalis etiam in statu civili probe distinguendis §. 1. in dessen opusculis ad jus criminale spectantibus. Erlangae 1793. S. 143 folg. Renazzi element. jur. crimin. L. II. C. II. §. 1. 6. 7. C. III. §. 6. Pufendorf jur. natur. et gent. L. 8. C. 3. §. 7.

dener. Mehrere Unterschiede werden sich aus dem ergeben, was sogleich von der Nothwehr wird gesagt werden. Eine Gattung von Privatgewalt ist nämlich die Nothwehr, Abwendung bevorstehender Gefahr, die nur darin von jener abweicht, daß sie doch einigermaßen bestimmtere Gränzen hat, als Selbstrache, welche gar keine Schranken kennt, als physische Unmöglichkeit. Nothwehr aber und Strafe unterschieden sich darin. Jene setzt ein gegenwärtig bevorstehendes Uebel voraus; diese ist gegen künftige noch zur Zeit ungewisse Fälle gerichtet; jene richtet sich allezeit in jedem Falle nach der Gefahr, die man abtreiben will; diese ist eine allgemeine Norm gegen eine ganze Gattung von Verbrechen derselben Art. Nothwehr kann jeder Mensch gebrauchen, Strafe nur der Staat und dessen Oberhaupt auflegen. Nothwehr wird ausgeübt, blos um diese Gefahr abzuwenden, Strafe soll künftige Verbrechen verhüten; die schon begangene That kann sie nicht ungeschehen machen, aber doch den Verbrecher bessern, oder zu fernern Schaden unfähig machen, oder abschrecken. Strafe findet erst nach genauer Untersuchung statt, welche bey der Nothwehr nicht wohl anwendbar ist. Diese letzte setzt gewöhnlich den Menschen physisch ausser Stand zu schaden, endigt sich nicht selten mit dem Tode des Beschädigers; Strafe hat oft gelindere Mittel, um diesen Zweck zu bewirken.

§. 6.

§. 6.

Gränzen zwischen den peinlichen und Policeystrafen.

Aber wie unterscheidet sich Strafe, wie wir das Wort im peinlichen Rechte nehmen, von andern Fällen, wo zwar der Name, aber nicht allezeit die Sache vorkömmt? Was ist peinliche, bürgerliche Policey- und Conventionalstrafe? So wie das bürgerliche Recht mit erworbnen Rechten und Pflichten sich abgiebt; so sollte das peinliche Recht sich blos mit Verletzungen der angebohrnen Rechte der Menschen beschäftigen. Wenn nun ein Verbrechen im eigentlichen Sinne nur jenes ist, was die eben genannten Grundrechte angreift: so wird auch eine Strafe in strengem Verstande nur dann existiren, wenn die angebohrnen Rechte des Verbrechers gekränkt werden. Jenes Uebel ist also nur Strafe im peinlichen Verstande, welches die Grundrechte der Menschheit auf eine merkliche, dauernde Art angreift, und vom Gesetze demjenigen gedroht wird, welcher durch eine verbothene That den Hauptzweck der Gesellschaft beschädigen wird. Und daß sich dieses wirklich so verhalte, habe ich an einem andern Orte *) gezeigt. Die Strafen, die der peinliche Richter als solcher anwendet, bestehen in der Entziehung des Lebens, der Freyheit, des guten Namens, greifen den Körper des Missethäters an, oder entziehen ihm das Recht über sein ganzes Eigenthum zu schalten und zu walten. Was sind aber diese Rechte anders, als solche, die jedem Menschen angebohren sind? Hieraus ergiebt sich

*) Th. I. §. 2. dieses Werkes.

sich der Unterschied zwischen peinlichen und Policeystrafen. Die Policey bestimmt bekanntlich die Grundsätze der öffentlichen Ordnung, denen sich jedermann unterwerfen muß, damit Ruhe, Sicherheit, Gesundheit, Vergnügen im Staate herrschen, und Jeder sein Leben und Eigenthum in ungestörter Ruhe und Zufriedenheit genießen kann. Wer sich an den gesetzlich bestimmten Grundsätzen der öffentlichen Ordnung vergeht, wird Policeyverbrecher, und unterwirft sich einer Policeystrafe. Der Zweck derselben ist Besserung; die Absicht peinlicher Strafe ist den Missethäter ausser Stand zu schaden zu setzen, diesen und andere zu schrecken. Policeyahndungen können nicht anders als gelinde seyn, sie warnen den Bestraften nur, daß er der gesetzlichen Ordnung sich füge; Geldbußen, kurzes Gefängniß, leichte Züchtigung sind gewöhnlich die Mittel, die dazu angewandt werden. Peinliche Strafen aber heben die Grundrechte der Menschheit entweder ganz auf, oder beschränken sie auf eine lang andauernde Art. Policeystrafen werden bey kleinern Verbrechen angewandt, um grössere zu verhüten; peinliche Strafen setzen die Existenz wirklicher Missethaten voraus, die dem Hauptzwecke des Staats entgegen sind *).

§. 7.

*) Ueber das Verhältniß der Policey zum peinlichen Rechte ist mehreres zu finden bey Wieland Geist der peinl. Gesetze Th. I. Abschn. 3. von Globig und Huster vier Zugaben zu der Abh. über die Criminalgesetzg. Zug. III. Cremani de jure criminali proleg. §. 38.

§. 7.

Unterschied zwischen bürgerlichen und peinlichen Strafen.

Von Policeystrafen unterscheiden sich bürgerliche Ahndungen. Darunter kann man eine doppelte Gattung verstehen. Kleinere Verbrechen heißen bürgerliche, wenn sie zwar schwerer sind, als Vergehungen gegen die öffentliche Ordnung, aber doch nicht so schwer, als eigentliche Missethaten; das Mittelding zwischen Policey- und peinlichen Verbrechen. Die Strafen dieser gesetzwidrigen Thaten sind gewöhnlich dem bürgerlichen Richter überlassen, heißen daher bürgerliche. Sie unterscheiden sich von den peinlichen dadurch, daß sie leichter sind, als diese; jene greifen die Grundrechte der Menschheit entweder gar nicht, oder auf eine bald vorübergehende Art an; peinliche Strafen thun dieß auf beständig oder doch lange dauernde Zeit; bey jenen wird auf Besserung mehrere Rücksicht genommen, als bey diesen. Das Wort bürgerliche Strafe kann auch noch in einem andern Sinne genommen werden. Manchesmal befehlen die Gesetze etwas, und drohen demjenigen einen Verlust an seinem Vermögen, wenn er dem Befehle nicht gehorchen wird. So werden Gläubiger zu einem Concurse unter Strafe der Präclusion vorgeladen; so werden Termine zu Führung eines Beweises mit der Warnung angesetzt, daß man für beweisfällig erklärt wird, wenn man diese Frist nicht einhält; so wird der Ungehorsam vor Gerichte, contumacia, mit verschiedenen Strafen belegt. Aber alles

dieses sind keine Strafen in wahrem Verstande. Denn erstlich existirt hier kein Verbrechen in strengem Sinne. Wenn ich eine Beweisfrist nicht befolge, oder bey einem Concurse nicht erscheine, oder eine richterliche Auflage nicht erfülle, so handle ich deswegen nicht als Verbrecher, sondern ich unterlasse nur dasjenige, was ich zu Erlangung einer Sache oder eines Rechts hätte thun müssen, oder ich beschädige Jemanden an seinem Vermögen; ich willige also in den Verlust meines Rechts oder in die Entschädigung des Andern. Es wird mir auf eine bedingte Art richterliche Hülfe zugesichert, wenn ich seine Befehle befolgen werde. Thue ich es nicht, so kann ich auch auf keine Begünstigung des Richters Anspruch machen. Ich werde deswegen nicht gestraft, sondern ich verliere nur meinen Anspruch, oder werde angehalten, den Andern zu entschädigen. Zweytens können eigentliche Strafen gegen alle angebohrnen Rechte des Menschen gerichtet werden; aber solche bürgerliche Folgen treffen nur allein das Vermögen, und dabey wird der Regel nach nichts aus den Gütern positiv genommen, wie dieß der Fall bey Geldstrafen ist: sondern es wird meist nur negativ die Ergänzung oder Vermehrung des Vermögens versagt. Eigentliche Strafen können nur am Verbrecher vollzogen werden; die gedachten bürgerlichen Verminderungen der Güter werden auch gegen Erben in Vollzug gebracht; erste haften auf der Person, letztere auf den Gütern. Der Verbrecher wird gestraft, weil er eine gesetzwidrige That begieng; der bürgerlich Ungehorsame leidet einen Schaden an seinen Gütern, weil er

dem Befehle des Richters nicht gehorchte, also die Bedingungen nicht erfüllte, unter welchen ihm Rechtshülfe zugesichert war, oder weil er durch seinen Ungehorsam einen Dritten unrechtmäßig beschädigt, den er schadlos zu stellen verbunden ist.

§. 8.

Unterschied zwischen eigentlichen Strafen, Entschädigung, Conventionalstrafen und Privatverfügungen die etwas unter Strafe auflegen.

Daß Strafe und Schadensersatz von einander wesentlich verschieden seyen, verdient kaum einer Erwähnung. Jene wird im Namen der Gesellschaft aufgelegt, dieser dem Beschädigten geleistet; jene kann gegen alle Rechte des Menschen gerichtet werden, dieser blos gegen das Vermögen; jene betrift die Person des Verbrechers, dieser haftet auf seinen Gütern; zur Entschädigung ist jeder Mensch vollkommen verbunden, wenn sie auch nicht gefodert wird; eine Strafe zu leiden ist nur derjenige gehalten, an dem sie von Staatswegen vollzogen wird, Niemand ist sich dazu anzubieten schuldig *). Jede Strafe hat einen positiven Ursprung; Schadensvergütung gründet sich in der natürlichen Billigkeit; der Zweck der letzten ist, dem Beleidigten das zu geben, was ihm gebührt; die Absicht der Strafen geht auf ganz andere Puncte. Diese sind meist gegen künftige Uebel, jene gegen vergangene gerichtet.

Diese

*) Cremani de jure criminali L. I. P. II. C. II. §. 5.

Die Natur der Sache lehrt, daß Conventionalstrafe keine eigentliche Strafe sey. Man versteht darunter die Erklärung eines Verpflichteten, daß er dieß oder jenes thun, so oder soviel erlegen wolle, wenn er seiner Pflicht kein Genüge leisten sollte. Sie hat also in bürgerlichen Geschäften des gemeinen Lebens Platz; besteht in einer Leistung, wird von einem Privatmann als solchen gefodert, hat ihren einzigen Grund in einem Privatvertrage *). Dahingegen wahre Strafe entsteht aus der Begehung einer wirklich unerlaubten That, die den Zweck der Gesellschaft unmittelbar angreifet, sie ist ein Uebel, welches die Grundrechte der Menschheit beschädigt, wird im Namen des Staats gefodert, gründet sich im Gesetze, das nun entweder durch den Willen des Obern oder aus einem öffentlichen Vertrage der Mitglieder der Gesellschaft entstanden ist.

Endlich läßt es sich gedenken, daß ein Privatmann seinem Erben oder einem Andern eine Strafe auflegt, im Falle dieses oder jenes nicht geschehen sollte. Daher die legata poenae nomine relicta; daher die Clauseln, die eine Wohlthat oder Erbschaft entziehen, wenn der Wille des Wohlthäters nicht erfüllet wird. Aber solche Verfügungen sind nicht sowohl Strafe als Bedingungen, entweder dem Willen des Gebers sich zu fügen, oder die Wohlthat auszuschlagen. Es bedarf keiner weitern Ausfüh-

*) Mehr davon kömmt vor in Theodorici colleg. crimin. C. X. aphor. 2. not. 26. sq. Lauterbach de poena conventionali Tübing. 1666.

führung, daß zwischen solchen Willenserklärungen und eigentlichen Strafen ein unendlicher Unterschied sich ergiebt.

Zweytes Kapitel.

Von dem Maasstabe der Grösse der Strafen.

§. 9.

Allgemeinster Grund des Strafrechts, und dessen Gränzen.

Der Hauptpunct, welcher das Recht ertheilt, Strafen zu drohen und sie zu vollziehen, ist die Nothwendigkeit*): Unter zwey Uebeln muß man das geringste wählen. Da nun Leben und Eigenthum vom Staate muß gesichert werden, dieser aber den Schutz nicht anders gewähren kann, als durch Gewalt gegen Uebelthäter: so ist es besser, daß dieser ein Uebel leide, als daß Unschuldige an ihrem Leben und Eigenthum gekränkt werden und in immerwährender Gefahr schweben, es zu verlieren. Die allgemeine Unsicherheit ist ein grösseres Uebel, als die Strafe, die an einem oder dem Andern vollzogen wird. Um die erste zu verbannen, muß man die zweyte wählen. Aber

*) Wieland Geist der peinl. Gesetze, Th. I. §. 335. Feder über den menschl. Willen, Th. III. B. V. Hauptst. V. §. 74. Cremani de jure criminali L. I. P. II. C. IV. §. 24. Die Gründe gegen die Rechtmäßigkeit der Strafen überhaupt untersucht. Michaelis Gedank. von Sünde und Genugthuung, §. 16. Seeger de modo poenarum. §. 1.

Aber aus dem nämlichen Grundsatze, der die Gerechtigkeit der Strafen herstellt, folget auch, daß die Strafe ein geringeres Uebel seyn müsse, als die Art von Verbrechen, welche sie verhüten soll*). Ist die Bestrafung ein grösseres Uebel, so ist dem Staate mehr daran gelegen, daß sie unterbleibt, als daß das Verbrechen nicht begangen wird. Dann muß er eher die Existenz der letztern dulden, als die erstere wünschen. Auch folgt aus dem Begriffe der Nothwehr, worauf sich das Recht zu strafen am meisten stützt, daß man nicht mehr Uebel anthun dürfe, als aus der Unterlassung der Nothwehr entstünde. — Aber der Grundsatz, daß die Strafe ein kleineres Uebel seyn müsse, als jenes, was sie verhüten soll, muß wohl verstanden werden. Man darf nicht das einzelne Verbrechen betrachten, sondern auch die künftigen Missethaten, die zu befürchten wären, wenn man den Verbrecher nicht bestrafte**). Wenn der Todschläger am Leben gestraft wird, verliert freylich der Staat eben so gut einen Menschen, als durch die Hand des Mörders; es kann seyn, daß der letztere ein nützlicherer Mensch war, als der getödtete; der Verlust, den die Strafe hervorbringt, wäre also noch grösser, als jener, den das Verbrechen wirkte. Aber die Strafe des Todes wird gegen den Mörder erkannt, sowohl um ihn außer Stand zu schaden zu setzen,

als

*) Corrodi von Bestrafung der Verbrechen in Plitts Repertor. f. d. peinl. Recht Th. II. S. 146. Segner bey Michaelis i. d. Vorr. z. VI. Th. d. mos. R. S. 16. Feder a. a. O. §. 79. Renazzi el. jur crim. L. II. C. IV. §. 3. 5.

**) Michaelis von Sünde und Genugthuung §. 25.

als um künftige Mordthaten zu verhüten. Das Uebel, was aus einem Verbrechen entspringt, ist nicht nur das individuelle, was schon wirklich existirt, sondern auch das gegründete Besorgniß, daß eine ungestrafte Missethat den Reitz zu mehrern hervorbringen, einen Krieg Aller gegen Alle wirken würde. Der Tod des Mörders ist also kein grösseres Uebel, als jenes, was aus seinem Verbrechen entsteht *).

§. 10.

Prüfung der gemeinen Meinung von der Grösse der Strafen überhaupt.

Diese Betrachtungen führen uns auf die Untersuchung, wie groß das Uebel seyn dürfe, welches die Strafe

*) Ebenderselbe i. d. Vorr. zum VI. Th. d. mos. R. S. 28—36. meint, der Staat habe das nämliche Recht, was der Beleidigte im Stande der Natur habe: so wie also dieser bey einer geringen Unbild ein grosses Uebel wählen dürfe, um für die Zukunft sicher zu seyn, so könne es auch der Staat. Aber er bedachte nicht, daß im außergesellschaftlichen Zustande der Beschädigte keinen andern Schutz hat, als seine Kräfte, dagegen der Staat durch mannichfaltige Anstalten seine Mitglieder gegen Verbrecher schützen, und Missethaten verhüten kann. Wenn also auch in dem ersten Falle der Beschädigte ein grosses Uebel zufügen kann, so ist doch im Staate keine so grosse Nothwendigkeit, schwere Strafen gegen geringe Verbrechen zu drohen. Denn in einer ordentlichen Gesellschaft giebt es mehrere Mittel den Verbrechen zuvorzukommen, und nur dann dürfen Strafen eintreten, wenn jene unzulänglich sind. Michaelis bekennt ja in der Folge selbst, daß der Staat mehrere Macht gegen Verbrecher habe, als der Einzelne im Naturstande. A. a. O. S. 97.

enthält. Gewöhnlich heißt es, dasselbe müsse um einen Grad grösser seyn, als der Nutzen oder das Vergnügen, das aus dem Verbrechen genossen, gezogen, oder gehoft wird *). Denn, sagt man, ist das Strafübel geringer, so ist es kein hinlänglicher Abrathungsgrund, ist es eben so groß, so hat der Verbrecher nebst dem Vortheile seiner That, auch noch die Hofnung unentdeckt zu bleiben, also einen Grund zur Begehung mehr als zur Unterlassung; folglich muß durch einen Zusatz noch diese Hofnung aufgewogen werden. Aber gegen diese Lehre habe ich folgende Bedenklichkeiten. Erstens würde daraus folgen, daß die schwersten Verbrechen mit einer ganz gelinden Strafe manchesmal dürften belegt werden. Wenn ich um eines ganz geringen Lohns willen einen Menschen tödte, oder einen Hochverrath begehe, so kann hier keine Frage von einer schweren Strafe seyn, denn ich habe geringen Nutzen, folglich wird auch meine Bestrafung höchstens mittelmäßig seyn können, wenn sie auch um einen Grad grösser ist, als jener war. Zweytens kann zwar der Nutzen, welchen ein Verbrechen gewährt, den Maasstab der Entschädigung in einem gewissen Betrachte abgeben, aber nie den Maasstab der Strafe. Wenn ich weiß

*) Servin über die peinl. Gesetzg. S. 33. d. Nürnberg. Uebersetz. Von Globig und Huster Abh. über die Crimin. Gesetzg. S. 57. Nro. III. und in den vier Zugaben. Zug. II. Hauptst. I. Abschn. 3. Gmelin Grundſ. der Gesetzg. über Verbr. u. Straf. §. 19. und 23. Renazzi elem. jur. crimin. L. II. C. 4. §. 1. Michaelis über Sünde und Genugthuung §. 24. Segner bey Michaelis in der Vorrede zum VI. Th. d. mos. R. S. 17. und 19.

weiß wie viel eine Missethat ihrem Urheber nützte: so kann ich beyläufig, aber bey weiten nicht zuverläßig wissen, was der Beschädigte gelitten hat; also kann ich bald mit Gewißheit bald mit Wahrscheinlichkeit die Summe festsetzen, welche zum Ersatze des Schadens muß entrichtet werden. Aber wenn mir auch bekannt ist, welchen Vortheil Jemand durch ein Verbrechen gezogen hat, so weiß ich deswegen noch nicht, wie viel der Staat darunter leidet, daß diese Missethat begangen ward, wie viel diesem daran liegt, daß die That für die Zukunft unterbleibt; aus dem Nutzen, den ein Verbrechen gewährt, kann ich also kaum auf die Grösse der Entschädigung, aber nicht jene der Strafe schließen. Drittens ist der Vortheil bey jedem Verbrechen oft der Grösse oder der Art nach äußerst verschieden. Ich kann einen tödten, um eine reiche Erbschaft zu bekommen, ich kann es thun, um einen Nebenbuhler zu entfernen. Wer kann bey einer solchen Verschiedenheit, wo kein Fall dem andern gleich ist, eine Regel aufstellen. Noch schwerer würde viertens dieses bey Verbrechen seyn, die nur Vergnügen, keinen Nutzen gewähren. Wer ist im Stande, auch nur den gewöhnlichen Grad desselben anzugeben? Wenn fünftens eine Handlung weder Vergnügen noch die Hofnung eines Vortheiles mit sich verbindet, so dürfte es nach obiger Voraussetzung gar nicht gestraft werden. Wenn also Jemand in übler Laune Gott lästert, oder die Ehre des andern angreift, so hat er keinen Nutzen und oft nicht einmal Vergnügen davon zu erwarten, also müßte hier alle Strafe wegfallen.

 §. 11.

§. 11.

Allgemeine Grundsätze von Bestimmung der Grösse des Strafübels.

Aber nach welchem Maasstabe ist dann die Grösse der Strafe zu bestimmen? Es wird, wie ich glaube, auf folgende Grundsätze ankommen: Alles Strafrecht des Staats und Regenten beruht auf einem Vertrage *). Erstens verspricht derselbe seinen Mitgliedern den Schutz ihrer natürlichen Rechte, und diese haben ihr natürliches Recht der Nothwehr an den Staat übertragen, und diesem überhaupt alle Mittel gestattet, die zu diesem Zwecke nöthig sind, wohin nach aller bisherigen Erfahrung auch Strafen gehören. Um nun diesen Schutz der natürlichen Rechte desto besser zu gewähren, hat jeder Staat sich eine gewisse Form gegeben, jede Gesellschaft gewisse Gesetze und Bedingungen vorgeschrieben, zu welcher jedes Mitglied sich ausdrücklich oder stillschweigend verbunden hat, weil ihm außerdem die Erlaubniß in dem Staate zu leben nicht gestattet würde: die Mitglieder haben auch sich den Strafen unterworfen, welche den Uebertretern der Form der Gesellschaft sind gedroht worden, und gedroht werden mußten, wenn man die Dauer der Staatsverbindung mit Ernste erwarten wollte. Der Staat straft also, weil ihm daran gelegen ist, daß Verbrechen unterbleiben, da durch dieselbe die Sicherheit und Ruhe untergraben wird, die jener seinen Mitgliedern zu verschaffen versprochen hat. Diese Furcht, die gesellschaftliche Ordnung möge leiden, ent-

*) Herrmann de fundamento juris puniendi Lipſ. 1793. p. 17.

entsteht vorzüglich daraus, weil das böse Beyspiel eines Verbrechers leicht Andere zu gleichen Thaten verführen würde, wenn jener ungestraft bliebe. Jemehr es also der Gesellschaft Interesse fodert, daß Missethaten nicht begangen werden, jemehr der Hauptzweck derselben verletzt wird, desto grösser wird auch die Ahndung seyn müssen, die gegen ein Verbrechen erkannt wird *). Bey Bestimmung der Strafen wird also darauf zu sehen seyn, ob eine Missethat die Grundfeste des Staats, den Grundvertrag mehr oder weniger untergräbt. Und die Grösse dieses Angrifs ist der eigentliche Maasstab der Strafe. Der Staat strafet nicht allein um des Beschädigten willen, sondern zum Nutzen der ganzen Gesellschaft. Also muß auch untersucht werden, nicht allein, wie viel der Beschädigte litt, sondern wie viel die Mitglieder des Staats überhaupt dabey leiden, daß die That ist begangen worden. Je empfindlicher also die allgemeine Sicherheit angegriffen wird, desto grösser wird auch die Strafbarkeit seyn. Soll also die Strafe einer That bestimmt werden, so wird wohl die erste Frage seyn: ist sie strafbar? Dann geht man einen Schritt weiter, und fragt, was hat das begangne Verbrechen für einen Bezug auf das öffentliche Wohl, auf den Hauptendzweck des Staats? was leidet der Staat dabey, daß die That vollzogen ward? Und dieser Punct liefert dann den Maasstab der Strafe **).

*) Renazzi Libr. II. C. 4. §. 8.

**) Das der Sicherheit der bürgerlichen Gesellschaft zugefügte Uebel, sagt Erhard sehr richtig, ist der einzige wahre Maasstab

§. 12.

Folgen aus dem aufgestellten Grundsatze.

Diesen Grundsätzen zufolge wird die Strafe grösser seyn, wenn die ganze Gesellschaft angegriffen wird, als wenn der Anfall nur gegen Einzelne gerichtet ist. Es kann seyn, daß ein Staatsverbrechen weniger reellen Schaden hinterläßt, als eine Privatmissethat: aber die Gefahr ist im ersten Falle grösser, weit aussehender, als im zweyten. Die Gesellschaft leidet mehr in jener, weniger in dieser Lage. Unter Staatsverbrechen wird die Strafe am größten seyn müssen, wenn die ganze Existenz des Staats unmittelbar angegriffen wird. Vorzüglich wird es darauf ankommen, ob die natürlichen Rechte der Men-

stab der Verbrechen. Man sehe seine Uebersetzung von Pastorets Betrachtungen über die Strafgesetze, Leipz. 1792. Th. I. S. 24. Hiermit stimmen auch Servin S. 35. und Vattel im Völkerrechte B. I. Kap. 13. §. 171. überein. Renazzi a. a. O. §. 7 setzt vier Puncte fest, nach denen die Grösse der Strafe soll bestimmt werden: I. damnum societatis, II. libertas et cognitio delinquentis, III. malum exemplum prodiens e crimine, quum scilicet illud facile committi et occultari potest, IV. vis impulsuum ad delinquendum. Aber schon Püttmann elem. jur. crimin. §. 53. hat bemerkt, daß man die vier Puncte auf zwey zusammenziehen könne. I. u. III. wie auch II. und IV. hängen offenbar zusammen. Und alsdann ist der Schaden, den die Gesellschaft aus dem bösen Beyspiele zu besorgen hat, (I. und III.) der eigentliche Maasstab der Strafe; die innere Moralität (II. und IV.) der Maasstab der Zurechnung und auf mittelbare Art der Bestrafung. E. F. Klein in den vermischten Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit II. Stück S. 53. will mehr auf den Schaden als die Bosheit gesehen wissen.

Menschen sind gekränkt, oder die Form der Gesellschaft ist verletzt worden. Da diese letzte nur existirt, um jene Rechte zu schützen, so wird ein Anfall gegen die Form des Staats nicht so schwer seyn, als eine Beschädigung der Grundrechte der Menschheit: die Verletzung des Endzwecks wird schwerer zu bestrafen seyn, als der Mittel zum Zwecke. Wenn die Form der Gesellschaft überschritten wird, so ist die Handlung nur deswegen Verbrechen, weil zu fürchten ist, es möchten die Grundrechte der Mitglieder des Staats darunter leiden. Dagegen ist die Verletzung dieser Rechte gewiß, wenn sie von einem Andern unrechtmäßig sind angegriffen worden. Unter den Verbrechen gegen die natürlichen Rechte ist eines der größten der Brand, weil er nicht nur dem Eigenthume, sondern auch dem Leben und Körper der Menschen gefährlich ist, und diese Gefahr wegen der Natur des Elementes so leicht vergrössert wird. Die Strafe des Brands ist also der Regel nach schwerer, als die des Todschlags, wenn auch gerade kein Mensch durch jenen getödtet ward. Bey Todschlägen ist überall der nämliche Schaden da, deswegen sind sie doch in ihrer Strafbarkeit äußerst verschieden. Eben so wird bey Entwendungen mehr auf die gebrauchte Gewalt, als den Werth der entwandten Sachen zu sehen seyn. Es ist hier der Ort nicht, eine vollständige Classification der Verbrechen und Strafen zu liefern, sondern die angeführten Beyspiele sollen beweisen, daß die Strafe danach abzumessen sey, wie groß, wie gefährlich für die ganze Gesellschaft der Angriff gegen die Gesetze war. Sie sollen zeigen, daß man der Regel nach

auf den Nachtheil des unmittelbar Beschädigten keine Hauptrücksicht nimmt, sondern ihn nur dazu betrachtet, um die Gattung und Art des Verbrechens herzustellen.

§. 13.

Speciellere Bestimmung der Grösse der Strafe.

Wie groß aber darf im allgemeinen die Strafe eines Verbrechens seyn? Die erste Antwort ist freylich diese: sie muß den Grad haben, der vermögend ist, die Gesellschaft gegen Verbrecher dieser Art zu sichern; oder was dasselbe ist, sie muß Beweggründe enthalten, die vom Verbrechen zurückschrecken, und stärker sind als der Reitz zur Begehung *). Zweytens wird auch soviel richtig seyn, daß die Strafe kein grösseres Uebel enthalten dürfe, als das Verbrechen gewöhnlich stiftet. Sonst würde der Staat mehr, oder eben so viel durch die Strafe, als durch die Missethat leiden. Aber eben so groß kann in schweren Verbrechen das Uebel der Strafe seyn, als jenes der Missethat. Denn einmal darf man nicht das Uebel allein betrachten, das aus dieser speciellen Handlung entsprungen ist: sondern man muß die ganze Masse künftiger ähnlicher Uebel sich vorstellen, welche durch den Reitz des bösen Beyspiels zu befürchten sind. Und dann kömmt es darauf an, den Verbrecher außer Stand zu schaden zu setzen, was oft nicht anders geschehen kann, als dadurch, daß man ihm dasselbe Uebel zufügt, was er Andern

*) Klein a. a. O. S. 45. folg.

dern bereitete. Dahingegen bey geringen Missethaten darf die Strafe nie so groß seyn, als das Uebel, welches aus jenen entspringt, sondern sie muß immer wenigstens um einen Grad geringer seyn. Die vorzüglichste Rücksicht verdient hiebey der Grund, warum gestraft wird. Der Staat kann es thun, weil die natürlichen Rechte der Menschheit sind gekränkt, oder weil die Gesetze sind überschritten worden, welche die Form der Gesellschaft bestimmten. Im ersten Falle kann der Staat sich der Nothwehr bedienen, die ihm von allen einzelnen Mitgliedern übertragen ward. Nun liegt es im Begriffe der Nothwehr, daß man ein gleich grosses Uebel, als uns bevorsteht, dem Angreifer zufügen dürfe, wenn man ihn nicht anders abtreiben kann; also darf auch der Staat ein eben so grosses Uebel, als das Verbrechen stiftet, gegen dessen Urheber anwenden, um ihn und andere von ähnlichen Vergehungen abzuhalten, vorausgesetzt daß man den Uebelthäter nicht durch gelindere Mittel zu bändigen im Stande ist. Wenn aber der Staat deswegen straft, weil ein Mitglied jene Bedingungen nicht erfüllt, unter welchen es in die Gesellschaft aufgenommen ward, so kann dieses Strafrecht nicht so weit gehen, wie im ersten Falle. Hier kann der Staat als Paciscent den Verbrecher anhalten, daß er dem gesellschaftlichen Vertrage nicht mehr entgegen handle. Dieß Strafrecht kann aber nicht anders, als eingeschränkt seyn, da es sich auf den Vertrag gründet, durch den die Menschen sich vereinigt, und verbunden haben, eine Strafe zu leiden, wenn sie die Form der Gesellschaft verletzen würden. Nun haben gewiß die

Men-

Menschen den möglichst kleinsten Theil ihrer Freyheit aufgeopfert, sie konnten dem Staate kein Recht über Leben und Glieder übertragen, da sie es selbst nicht hatten. Also dieß Befugniß zu strafen kann nur auf geringere Ahndungen sich erstrecken, und diese müssen der Regel nach geringer seyn, als das Uebel, was aus einem Verbrechen entstand. Denn hier ist nur die Rede von solchen Thaten, die nicht den Hauptzweck des Staats unmittelbar, sondern die Form der Gesellschaft angreifen, bey welchen also eine geringere Strafe hinreicht, um sie zu verhüten, da der Nachtheil der Gesellschaft nicht so groß ist, als wenn die natürlichen Rechte angegriffen werden.

§. 14.

Kann der Schaden des zunächst Beleidigten ein Maasstab der Strafe seyn?

Der Nachtheil des Beschädigten kann allein betrachtet zwar die Größe der Entschädigung, aber nicht jene der Strafe bestimmen *). Es ist im ersten Theile **) dieses Werkes erwiesen worden, daß der Schaden der Gegenstand nicht der Maasstab der Zurechnung sey, und dieß ist hier zu wiederholen. Die nachtheilige Handlung oder mit andern Worten der Schaden soll gestraft werden; sie ist also die veranlassende Ursache einer Ahndung; aus ihr kann man nicht erkennen, wie sie zu bestrafen sey.

*) Cremani L. I. P. II. C. II. §. 6. sq.

**) §. 45. S. 80.

sey. Wenn ich sage, es ist ein Mensch getödtet worden, so weiß ich zwar, daß eine schädliche Handlung existirt; aber es folgt gerade noch nicht, daß sie müsse gestraft werden, noch weniger kann ich die Art der Strafe aus der Existenz der nachtheiligen That ermessen. Also muß noch ein anderer Grund dazu kommen, warum der Schaden strafbar ist. Und dieser liegt darinn, weil man ein Gesetz vorsätzlich oder culpos überschritten, einen Schaden gegen das Verbot einer Strafverordnung zugefügt hat. Der Dolus oder die Culpa führt also auf die Nothwendigkeit einer Strafe, wenn er oder sie in äusserliche Handlung übergegangen sind. Man muß bey Verbrechen den physischen oder moralischen Schaden absondern von dem bürgerlichen, der darin besteht, daß die Gesetze oder die gemeine Ordnung sind verletzt worden. Nur der letzte Punct kann der Gegenstand der Strafe seyn. „Will man die Größe des Strafübels, sagt Michaelis *), mit dem Uebel des Verbrechens vergleichen, so muß man die Summe aller der Verbrechen, die begangen würden, wenn man nicht strafte, nebst allen Folgen dieser Verbrechen nehmen, und dann die Summe aller Strafen, die exequirt werden."

§. 15.

Fortsetzung.

Wenn man also die Größe einer Strafe bestimmen will, so darf man nicht fragen: wie schädlich war das Ver-

*) Vorrede zum VI. Th. d. mosaisch. R. S. 40.

Verbrechen dem Beleidigten? sondern wie nachtheilig der Sicherheit der ganzen Gesellschaft ist der Dolus oder die Culpa, welche die Missethat hervorbrachte? Wäre der Schaden allein der Maasstab der Strafe, so würde kein Unterschied zwischen dolosen, culposen und zufälligen Handlungen seyn: so müßte alle Strafe wegfallen, wenn gar kein Schaden existirte, dürfte der Dieb nicht gestraft werden, wenn er die entwandte Sache zurückgegeben hat. Verschiedene Verbrechen, die von einander sehr verschieden sind, würden nach den nämlichen Grundsätzen zu beurtheilen seyn. Ein Brand z. B. wird mit Recht schwerer bestraft, als Diebstahl, wenn schon der erste in einem Falle minder schädlich war, als der zweyte. Diebstahl ist ohne Anstand schwerers Verbrechen, als ein Schaden, der ohne Recht, ohne Gewinnsucht zugefügt wird, wenn auch der letztere schädlicher seyn sollte. Diese Grundsätze müßte man alle umändern, Brand, Diebstahl und bösliche Beschädigung nach eben demselben Maasstabe beurtheilen, und nur bey jedem Falle untersuchen, wie schädlich die That war. Weh der Proportion zwischen Verbrechen und Strafen, wenn solche Grundsätze geltend werden! Bey vielen Verbrechen, z. B. Gotteslästerung, läßt sich der Schaden gar nicht bestimmen, dann hätten wir also keinen Maasstab der Strafe.

Auch aus der positiven Gesetzgebung läßt sich erweisen, daß nicht nach dem Schaden Einzelner, sondern nach dem Nachtheile und der Gefahr für die ganze Gesellschaft die Strafe bestimmt wird. Schon daraus er-

giebt

giebt sich der Hauptbeweis, daß das römische und deutsche Recht straft, um zu schrecken und den Verbrecher außer Stand zu schaden zu versetzen. Daher straft das römische Recht auch den kleinsten Versuch *), unterscheidet bey dem Brande den Ort, wo er vorfiel **), straft nicht allein den Todschläger, sondern auch jenen mit der ordentlichen Strafe, der in der Absicht zu tödten mit Mordgewehr spatzieren gieng ***). Die P. G. O. bestrafet den Brand schwerer, als Todschlag und Diebstahl, den gefährlichen Diebstahl schwerer, als einfachen, straft auch dann mit der ordentlichen Strafe, wenn kein Schaden erfolgt ist †), unterscheidet bey Vergiftung nicht, ob an Leibe oder Leben ist geschadet worden ††). Alles dieses müßte sich anders verhalten, wenn der Nachtheil des Beschädigten der vorzüglichste Maasstab der Strafe wäre.

§. 16.

Inwieferne der specielle Schaden des Verbrechens bey Bestimmung der Strafe in Betracht komme.

Der Maasstab der Strafen ist also der grössere oder geringere Angriff auf das öffentliche Wohl, und den Grund-

*) L. 5. C. ad L. Iul. maj. L. 6. C. de his qui ad eccles. confug. Mehrere ähnliche Gesetze kommen im ersten Theile S. 65. und 71. vor.

**) L. 28. §. 12. D. de poenis

***) L. 1. pr. ad L. Cornel. de sicar.

†) Art. 128.

††) Art. 130.

Grundvertrag der Gesellschaft. Und hiebey kömmt insofern der Schaden des Verbrechens in Betracht, als dadurch die Gattung und Art des Verbrechens bezeichnet wird. Wenn ein Mensch sein Leben, oder Eigenthum, durch die That eines Menschen verlor, so entsteht daraus die Idee von Todschlag oder Diebstahl. Der Schaden beweiset, daß der Dolus des Verbrechers sich auf eine mehr oder minder gefährliche Art äußerte. Die Existenz des Schadens belehrt uns, welche Rechte seiner Mitmenschen der Verbrecher verletzte. In einigen wenigen Fällen ist der Schaden selbst der Maasstab der Strafe. Wenn nämlich zwey Verbrechen derselben Art unter ganz gleichen Umständen sind begangen worden, so kann nur der grössere oder geringere Schaden den Maasstab abgeben, der die Strafbarkeit dieser beyden Thaten bezeichnet. Also zwey Diebstähle bey sonst ganz gleichen Umständen, aber ungleichen Schaden, werden nach dem letztern bestraft. Oder ich beraube zwey Menschen ihrer Freyheit, einer wird eher als der andere aus der Sclaverey befreyt, so wird, wenn auch alle Umstände gleich sind, doch die Strafe verschieden seyn müssen, weil der Schaden nicht derselbe ist. Solange die allgemeine Gefahr grösser ist, als der Privatnachtheil des Beschädigten, kann die Strafe blos nach jener, gar nicht nach diesem bestimmt werden. Dieß ist der Fall bey Verbrechen gegen den ganzen Staat, oder einen vorzüglichen Theil desselben, bey gewaltthätigen Handlungen, und solchen, die einen unersetzlichen Schaden verursachen, oder deren Folgen sich auf mehrere als den Beschädigten ausdehnen. Wenn aber das

Unrecht,

Unrecht, was der Beleidigte litt, grösser ist, als die Gefahr für die Gesellschaft; dann kann der vorhandene Schaden einen Hauptmaasstab der Strafe abgeben, jedoch nicht er allein, sondern auch hier muß die Rücksicht auf den ganzen Staat verbunden werden. Dieß ist anzunehmen, wenn eine Handlung einen ersetzlichen Schaden verursacht, deren Folgen sich auf den Beschädigten einschränken, und die mit keiner Gewalt oder sonst merklich beschwerenden Umständen verbunden ist. Dieß trift bey Injurien, einfachen Diebstälen, Verfälschungen und zeitlichen Beraubungen der Freyheit ein. Da hier das Unrecht und der Schaden des Beleidigten den Hauptheil der Strafbarkeit ausmacht, so kann dieser Punct auch der Hauptmaasstab der Strafe seyn. Aber die Rücksicht auf das öffentliche Wohl darf nicht ganz bey Seite gesetzt werden. Deswegen darf nicht alle Strafe wegfallen, wenn auch der Schaden des Verbrechens ganz gehoben ist. Vielmehr da die Gesetze einmal sind überschritten worden, so ist demungeachtet dem Staate daran gelegen, daß ähnliche Handlungen unterbleiben, also muß auch, wenn der Schaden ganz getilgt ist, noch einige Strafe statt finden.

§. 17.

Nähere Gründe die Grösse der Strafe zu bestimmen: 1) innere Zurechnung: 2) besonderer Reitz, eine That zu begehen.

Um aber die Grösse der Strafe insbesondere zu bestimmen, muß zuerst auf den Grad der Moralität gesehen

werden. Jemehr eine Handlung ihrem Urheber zuzurechnen ist, um so grösser ist sein Trotz gegen die Gesetze, desto gefährlicher ist er der ganzen Gesellschaft, desto mehr muß er also bestraft werden *). Daher erklärt sich's, warum bey dem nämlichen Schaden der dolose Verbrecher mehr als der andere bestraft wird, warum alle Gründe, die die Zurechnung erhöhen, auch eine Vermehrung der Strafe fodern. Aber auch nebst diesen Ursachen, welche die innere Zurechnung vermehren oder vermindern, giebt es noch andere Puncte, welche die äußere Strafbarkeit der That mehr oder minder verändern. Dahin gehört ein besonderer Reitz, der mit einer ganzen Art von Missethaten beständig verbunden ist, insbesondere die Leichtigkeit sie zu begehen. Es ist leicht gedenkbar, daß dadurch die öftere Begehung einer That befördert wird; diesen Reitz muß der Gesetzgeber durch eine schwere Strafe aufwiegen **). Nun ist zwar wegen der stärkern Lockung

*) Wieland Geist der peinl. Gesetze §. 334. Feder über den menschlichen Willen Th. III. §. 79.

**) Gmelin Grundſ. d. Gesetzg. über Verbr. und Straf. §. 19. Stelzer Grundſ. d. peinl. Rechts Kap. 8. §. 13. meint: Wenn ein Verbrechen leicht zu begehen sey, so folge noch nicht, daß es schwerer müsse bestraft werden: man soll vielmehr machen, daß es auch leicht zu entdecken sey, dann werde diese Furcht der leichten Entdeckung mehr wirken, als harte Strafe. — Ich gestehe sehr gern, daß im gegebnen Falle eine härtere Strafe nicht nöthig sey, wenn man die Sache dahin bringen kann, daß eine That leicht zu entdecken ist; denn da alle Strafen nur durch die Nothwendigkeit gerechtfertigt werden, so würde unter gedachter Voraussetzung eine härtere Strafe

ckung die innere Moralität geringer: aber von außen kommt durch die erhöhte Strafe ein Beweggrund sie zu unterlassen mehr dazu. Also da der Verbrecher eine stärkere Abhaltungsursache, die Furcht der erhöhten Strafe besiegen muß, um die That zu vollziehen, so fällt nun der Reitz der mit der That verknüpft war, weg; die innere Freyheit wächst; und der Verbrecher kann nun mit der erhöhten Strafe belegt, und durch eben diese manche solcher Handlungen verhütet werden. Aus diesen Gründen bestraft man den Diebstahl solcher Sachen schwerer, die weniger als gewöhnlich bewahrt werden können und so zu sagen, der Aufsicht des Himmels anvertraut sind. Aber dieser Antrieb muß bey einer gewissen Gattung von Handlungen beständig vorhanden seyn, wenn deswegen eine Straferhöhung nothwendig werden soll. Diese Maasregel fällt alsdann weg, wenn in einem oder dem andern speciellen Falle ein ungewöhnlicher Reitz zur That existiren sollte. Deswegen ist es nicht nöthig, eine besondere Strafverfügung zu machen, sondern es kann bey den gewöhnlichen Grundsätzen verbleiben, nach welchen eine That gelinder bestraft wird, die mit einem besondern Reitze verbunden war. Aus diesen Grundsätzen ist anderwärts behauptet worden, daß Verführung und Gelegenheit unter gewissen Einschränkungen die Strafbarkeit einer Haudlung mildern können. Dagegen je schwerer eine Handlung zu begehen

 ist,

Strafe ungerecht seyn, da sie nicht nöthig ist. Aber es möchte wohl oft schwer halten, die leichte Entdeckung eines Verbrechens zu befördern, und dann würde die Nothwendigkeit einer härtern Strafe eintreten.

ist, je mehrere Hindernisse zu besiegen sind, desto grösser ist die innere Freyheit, desto gefährlicher ist der Missethäter für die Gesellschaft, um so grösser muß also seine Strafe seyn. Daraus ergiebt sich, daß ungewöhnliche Umstände auch eine ungewöhnliche Strafe fodern. Nur ist hierbey einiger Unterschied zu bemerken. Wenn nämlich die innere Moralität einer Handlung schon an und für sich schwerer ist, so braucht der Gesetzgeber die allgemeine Strafverordnung nicht zu erhöhen. Die Vermehrung der Strafe folget schon aus den allgemeinen Grundsätzen von Zurechnung. Eben so ist keine Veränderung der Regel im Allgemeinen nöthig, wenn Ausnahmsweise eine oder die andere Handlung leichter als gewöhnlich zu begehen wäre, oder überhaupt einen mehrern Reitz als gewöhnlich hätte. Alsdann bleibt es bey den allgemeinen Grundsätzen, daß mindere Freyheit also geringere Zurechnung und Strafe statt finde. Aber wenn eine Art von Handlungen allezeit in ihrer Natur einen grössern Reitz enthielte, so muß durch eine erhöhte Strafe der Reitz aufgewogen und diese That dadurch verhütet werden. Aber nicht allein der grössere Reitz zu einer That kann eine Straferhöhung begründen, sondern es muß auch dem Staate vorzüglich daran liegen, daß sie unterbleibe. Die Leichtigkeit das Verbrechen zu begehen, muß eine nähere Verletzung des Grundvertrags befürchten lassen; sonst ist kein Grund der Vermehrung des Strafübels da. Fleischliche Verbrechen sind allerdings mit einem starken Triebe sie zu vollziehen verbunden. Aber da sie mit dem Hauptzwecke des Staats in einer entferntern Verbindung

dung stehen, so ist keine Ursache die Strafe zu vermehren da.

§. 18.

3) Die Beschwerde, sich gegen eine Handlung zu schützen, 4) leichtere oder schwerere Entdeckung derselben.

Auch die Beschwerde, sich gegen eine Handlung zu schützen, gehört hieher *). Dieß verursacht auf einer Seite eine Erhöhung des Reitzes, und insofern ist das hier gesagte zu wiederholen; auf der andern Seite ist die Gefahr grösser. Wenn ich gegen meinen Beleidiger mich vollkommen schützen kann, so wird er schwerer und seltner mich angreifen, weil er Widerstand erwarten, Beschädigung befürchten muß. Aber wenn dieser Schutz meiner Rechte und Eigenthums nicht möglich ist: so wird der Bösewicht diese meine schwache Seite ergreifen, weil er mir da eher beykommen kann, ohne daß er etwas zu wägen hat. Hier muß also eine stärkere Strafsanction mich beschützen, und die vergrösserte Gefahr von mir abwenden.

Die leichtere oder schwerere Entdeckung einer Handlung verdient hier ebenmäßig eine Stelle. Ist diese von einer solchen Art, daß man vorsehen muß, es werde schwer halten, sich dem Auge der Gerechtigkeit zu entziehen, so wird der Antrieb zur That in dem Maaße abnehmen, als jene Furcht zunimmt. Also kann man durch eine

*) Servin S. 35.

eine gelindere Strafe diese eben gedachte Besorgniß vermehren, und durch diese Verbindung einen hinlänglichen Abrathungsgrund bewirken. Aber jemehr der Verbrecher hoffen kann, er werde unentdeckt bleiben, desto grösser wird seine Begierde seyn, das Gesetz zu überschreiten; um so mehr muß also der Gesetzgeber durch erhöhte Strafe diese Hofnung der Straflosigkeit dämpfen *). Dieß gilt erstlich von solchen Missethaten, die schwer zu beweisen sind, wie z. B. Vergiftung, Kindermord, Abtreibung der Leibesfrucht, Nothzucht u. s. w. Zweytens deren Folgen so beschaffen sind, daß man sie eben so gut dem Zufalle oder gewöhnlichen physischen Ereignissen zuschreiben kann, als einer gesetzwidrigen That. Wenn man einen Leichnam findet, der mit Wunden überhäuft ist, so kann man der Regel nach sicher auf die Existenz eines Verbrechens schließen, wenn aber ein Haus abbrennt, oder ein Mensch am Gifte stirbt, so kann im ersten Falle ein Zufall daran Ursache seyn: im zweyten Falle hinterläßt das Gift gewöhnlich solche Merkmale, die auch aus gewöhnlichen Krankheiten entstehen; hier ist es schon schwerer zu erweisen, daß gerade ein Verbrechen diese traurige Ereigniß wirkte.

§. 19.

5) Dauer der Folgen des Verbrechens; 6) Zusammenhang desselben mit dem Hauptzwecke der Gesellschaft;

Ferner kömmt die längere oder kürzere Dauer der Folgen eines Verbrechens in Betracht. Je schwerer es hält,

*) Ebenderselbe S. 37. 38.

hält, den schädlichen Einfluß einer Missethat zu hemmen: um so grösser ist die Gefahr für die Gesellschaft, um so mehr wird also die Strafe des Verbrechens steigen müssen. In dieser Hinsicht ist derjenige mit einer harten Ahndung zu belegen, der einen Aufruhr erregt, da dieser so leicht um sich greifet, so schwer zu dämpfen ist, so lange er noch im Stillen fortglimmt. Geht aber das Andenken des Verbrechens und dessen Einfluß geschwind vorüber, so liegt darin ein Grund geringerer Gefahr und verminderter Strafbarkeit.

Weiter muß auch der nähere oder entferntere Zusammenhang des Verbrechens mit dem Hauptzwecke der Gesellschaft erwogen werden *). Der Schutz der natürlichen Rechte ist bekanntlich die Hauptabsicht, warum sich Menschen vereinigt haben. Je grösser also der Angriff auf diese Grundrechte ist, desto nöthiger wird eine Erhöhung der Strafe seyn **). Wird also der Staat in seiner Grundveste erschüttert, so kann er den Schutz, den er versprochen hat, nicht leisten; dieß verursachet eine allgemeine Gefahr, daß das Recht des Stärkern an die Stelle gesellschaftlicher Ordnung treten möchte, folglich fodert dieser Fall eine erschwerte Strafe. Geringer muß die Behandlung alsdann seyn, wenn die Form des Staats angegriffen wird. Denn dadurch hört gerade der Schutz der natürlichen Rechte nicht auf, sondern es entsteht daraus für den Staat nur ein

 gröſ-

*) Blackstone Abhandl. über verschiedne Rechtsmaterien Bremen 1779. S. 112. u. 116.

**) Servin S. 35.

grösser Hinderniß, ihn zu leisten. Es fällt ihm schwerer sein Versprechen zu halten, was er unter der Voraussetzung gethan hat, daß die hergebrachte Ordnung und Form der Gesellschaft beobachtet werde. Je mehrere Menschen Gefahr laufen, in ihren Rechten gekränkt zu werden, desto grösser muß die Strafe seyn. Eben dieß ist auch in dem Falle zu behaupten, wenn Jemand mehrere Rechte zugleich verliert. Deswegen ist der Todschlag das schwerste Verbrechen, was gegen einzelne Menschen kann verübt werden, da mit dem Leben alle übrige Rechte verlohren gehen. Dieß ergiebt sich auch daraus, weil von demjenigen, dem das Leben seiner Mitmenschen nicht heilig ist, auch die Verachtung und Kränkung der übrigen Rechte der Menschheit, kurz alles sich befürchten läßt.

§. 20.

7) Oeftere Begehung der Verbrechen.

Ob eine That häufig oder selten begangen wird, verdient allerdings auch hier bey gegenwärtiger Untersuchung eine Prüfung. Die seltene Existenz einer That läßt schließen, daß eben kein besonderer Reitz sie zu begehen existirt, oder daß die gesetzliche Strafe hinlänglich ist, sie zu verhüten *). Aber wenn eine That häufig begangen wird, so ist dieß ein Zeichen, daß die bisherige Strafe kein hinlänglicher Damm war, um das Ansehen der Gesetze zu schützen. Das öffentliche Wohl fodert also hier eine Vermehrung der Strafe, damit der Hang zu diesen Verbrechen erstickt wird

*) Gutwasser de poenis earumque modo §. 100.

wird *). Nonnunquam evenit, sagt L. 16. §. 10. D. de poenis, ut aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quotiens nimium multis personis grassantibus exemplo opus sit **). Aber so lange die Strafe eines oft wiederholten Verbrechens noch nicht erhöht ist, kann diese öftere Begehung ein Milderungsgrund seyn; davon wird weiter unten Meldung vorkommen. Die wiederholte Verübung einer Missethat setzt voraus, das es zu verschiedenen Zeiten von mehrern verübt wird. Es ist also ein Unterschied zwischen diesem Falle und andern, wo mehrere zur nämlichen Zeit dieselbe That begehen, oder einer sich mehrerer Missethaten schuldig machte ***).

Drittes Kapitel.

Von den Gründen, die Natur und Gattung der Strafe zu bestimmen.

§. 21.

Von dem Grundsatze, daß die Strafe im Geiste des Verbrechens liegen müsse.

Bisher geschah von der Grösse des Strafübels Meldung; aber auch die Art und Gattung derselben verdient eine

*) Andreae de justa delict. et poenar. quantit. C. II. §. 3. Koch institut. jur. crimin. §. 93. Pufendorf proc. crimin. C. 25. §. 19. Engelhard allgem. peinl. Recht. §. 188. von Globig und Huster Abh. über die Crimin. Gesetzg. S. 111. Erxleben potestas criminalis circa frequentiam delictorum in disceptationem vocata Marburgi 1789. §. 4–6.

**) Aehnlich ist L. 1. D. de abig. Art. 131. P. G. O.

***) Diesen Unterschied bemerkt schon Erxleben §. 2.

eine genauere Prüfung. Es ist ein von fast allen Schriftstellern*) angenommener Grundsatz, daß eine Strafe im Geiste des Verbrechens liegen müsse. Dieß kann einen doppelten Sinn haben. Es kann soviel heißen, man muß dem Verbrecher das Uebel anthun, was er andern bereitete, das ist das Wiedervergeltungsrecht poena talionis. Es ist aber auch der Verstand möglich; die Strafe muß ein solches Uebel enthalten, was der herschenden Vorstellung oder Leidenschaft, die das Verbrechen wirkt, geradezu entgegensteht, was diese unmittelbar und am meisten kränkt. Nimmt man den letzten Sinn an, so leidet es keinen Zweifel, daß diese Lehre auf den richtigsten Gründen beruhe. Denn enthält die Strafe das gerade Gegengewicht der Leidenschaft, in welcher der Keim des Verbrechens liegt, so wird dessen Urheber gerade dann, wenn er sich mit seiner That beschäftigt, am meisten durch den Gedanken geschreckt wer-

*) Renazzi elem. jur. crimin. L. II. C. 4. §. 17. Segner bey Michaelis Th. VI. des mos. R. Vorrede S. 17. Versuch über das Volk, Berlin 1786. S. 201. Cremani de jure crim. L. I. P. II. C. 4. §. 21. Wagnitz histor. Nachr. und Bemerk. über die merkwürd. Zuchthäuser in Teutschl. B. I. S. 8. Gmelin über Verbrechen und Strafen §. 21. Servin S. 46. Michaelis über Sünde und Genugthuung §. 24. n. 4. Püttmann de reis suo in vitio plectendis adversar. L. I. C. 2. Brissot Theorie des loix criminelles Tom. I. p. 131. Principe II. C'est le triomphe de la liberté, sagt Montesquieu Liv. XII. Chap. 4. lorsque les loix criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse, la peine ne depend point du caprice du legislateur, mais de la chose, et ce n'est point l'homme, qui fait violence a l'homme.

werden, daß eben die Leidenschaft, die ihn so sehr freut, die ihm so viele Hofnung macht, ihm auch das gerade Gegentheil eben die unangenehme Empfindung verursachen werde, die er am meisten verabscheut. Aber zu bedauern ist es, daß der so sehr gepriesene Grundsatz nicht allezeit anwendbar ist. Oft ist die Leidenschaft vorübergehend, sie hört auf, sobald das Verbrechen existirt. Hier läßt sich nicht denken, daß sie durch eine Strafe könnte zurückgeschreckt werden. Dieß ist der Fall bey allen Handlungen, die aus Rache entstehen. Sobald die That existirt, ist jene gesättigt. Wie kann man also einen Affect geradezu bezähmen, der zu der Zeit nicht mehr vorhanden ist, wo die Strafe eintreten soll. Zweytens ist die Leidenschaft, die das Verbrechen wirkt, manchesmal so beschaffen, daß man unerlaubte Mittel gebrauchen müßte, wenn man sie geradezu im strengsten Verstande bekämpfen wollte. Und gleichwohl sind unerlaubte Mittel auch bey dem erlaubtesten Zwecke moralisch unmöglich *). Drittens wird eben und die nämliche That aus verschiednen Beweggründen begangen, hier würde die Strafe desselben Verbrechens oft verschiedner und mannigfaltiger ausfallen, als seyn sollte. Viertens möchte es bey unangenehmen Leidenschaften schwer halten, eine Strafe zu entdecken, die das gerade Gegentheil wäre. Zorn und Furcht z. B. können unerlaubte Thaten veranlassen.

*) Beyspiele sind angeführt von Schall von Verbrechen und Strafen S. 140 folg. und Stiehler de varia poenarum civilium ad puniendi fines relatione. Wittenb. 1790. §. 3. welcher den ganzen Grundsatz der Regel nach verwirft.

sen. Der gerade Gegensatz des ersten ist Besänftigung, der zweyten Muth. Diese beyden Puncte müßten also in der Strafe enthalten seyn, wenn diese im strengen Verstande im Geiste des Verbrechens liegen soll. Daß aber dieß nicht möglich sey, lehrt die Natur der Sache.

§. 22.

Nähere Bestimmung der Gränzen dieses Grundsatzes.

Aber bey allem dem kann doch der Grundsatz, daß die Strafe der Leidenschaft oder speciellen Intention des Verbrechers gerade zu widerstreben müsse, in vielen Fällen angewandt werden. Nur sind dabey folgende Voraussetzungen nöthig: 1) eine solche Triebfeder zu Verbrechen, die nach der Vollendung einer That noch fortdauert. Wenn man Jemanden beschimpft, so geschieht dieß aus Geringschätzung; diese hört nach der ersten Injurie nicht auf, sondern wird oft noch vermehrt; eben so hört der Hang zur Faulheit bey dem Diebe, die Wollust bey dem Wollüstlinge nicht auf, wenn auch ein Diebstahl, ein fleischliches Verbrechen vollbracht ist. 2) Muß die Leidenschaft, die das Verbrechen zeugt, eine angenehme, auf die Erhaltung eines Nutzens oder Vergnügens gerichtet seyn. Dann ist man im Stande, durch die Entziehung des Vortheils und Vergnügens wie auch einen Zusatz von Schaden und Schmerz den Affect mit seinen eignen Waffen zu bekämpfen. Bey unangenehmen Leidenschaften kann man zwar das Uebel als Strafe drohen, was man durch dieselbe entfernen wollte. Aber hier wird

es weniger helfen. Wenn ein Uebel bevorsteht, so wird man es lieber durch Verbrechen abwenden, als es leiden, um dem Uebel der Strafe zu entgehen. Man sieht mehr auf das gegenwärtige als künftige Uebel. Zudem sind Verbrechen, die aus unangenehmen Leidenschaften entspringen, der Regel nach mit Milderungsgründen verknüpft, und darf also der Regel nach das Uebel nicht als Strafe gedrohet werden, was man durch Verbrechen bekämpfen wollte. 3) Muß eine ganze Gattung von Verbrechen aus eben und derselben Leidenschaft entspringen; alsdann kann auch die nämliche Gattung von Strafe gegen diese Verbrechen einer Art gerichtet werden. 4) Versteht es sich von selbst, daß die Mittel erlaubt seyn müssen, womit man eine Leidenschaft bekämpfen will. Unter diesen Umständen würde auch Schall, der heftigste Widersacher dieses Grundsatzes die Anwendung desselben gestatten.

§. 23.

Schlüsse aus den vorgetragenen Grundsätzen.

Aus diesen Grundsätzen werden sich folgende Schlüsse ergeben: 1) Verbrechen gegen den ganzen Staat müssen im Angesichte und zum Beßten der ganzen Gesellschaft gestraft werden. Zu diesem Ende sind vorzüglich öffentliche Arbeiten sehr dienlich, da diese nicht nur eine grosse Publicität haben, sondern auch durch den Verdienst dieser Arbeiten einen Beytrag zum Ersatze jenes Schadens liefern, der dem Staate war zugefügt worden. 2) Gewaltthätigkeiten werden am beßten mit einer körperlichen

Strafe

Strafe belegt. Der Urheber derselben macht einen zweckwidrigen Gebrauch von den Kräften seines Körpers; also möchte es zweckmäßig seyn, daß er auch die Folgen dieses Verbrechens an seinem Leibe empfinde. 3) Misbrauch eines anvertrauten Amts zieht nach der Natur der Sache den Verlust desselben nach sich. 4) Injurien entstehen meist aus einem übertriebenen Stolze und Verachtung des Andern; also wird die beßte Strafe eine Demüthigung des Injurianten seyn. 5) Wenn man es für ausgemacht annimmt, daß Todesstrafen gerecht und anwendbar seyen, so liegen sie bey Todschlägen im Geiste des Verbrechens; sie zeigen demjenigen, der sich eine solche Handlung vornimmt, den Verlust des Gutes, was er dem Andern rauben will. Da er nun gewiß sein Leben zu schätzen weiß, so wird er auch die Grösse des Schadens einsehen, den er Andern bereitet. Denkt man sich aber die Lebensstrafen aus dem Verzeichnisse der Strafübel weg, so wird bey Todschlägen die Strafe der Gewalt überhaupt eintreten, aber der Regel nach ewige Beraubung der Freyheit des Mörders dazu kommen müssen, da dieser der öffentlichen Sicherheit so sehr gefährlich ist. 6) Verbrechen gegen die Freyheit können am füglichsten mit der Einziehung oder Beschränkung der Freyheit des Thäters bestraft werden. 7) Wollüstige Handlungen ziehen eine körperliche Strafe nach sich. Da der Wollust nichts mehr entgegensteht, als körperlicher Schmerz. 8) Entwendungen entstehen aus einer Abneigung gegen alle Arbeit, Hange zur Gemächlichkeit und der Begierde sich mit fremden Eigenthume zu nähren. Diesen Leidenschaften steht nichts

mehr

mehr entgegen, als ein mit Arbeit und Mühseligkeit überladnes Leben. In dieser Rücksicht sind Zuchthäuser und öffentliche Arbeiten dienliche Anstalten gegen Diebe, und alle jene die sich fremden Eigenthums bemächtigen. 9) Verbrechen die aus Geitze entstehen, werden am beßten mit Geldbußen belegt. 10) Handlungen gegen die Religion verdienen meist nur Belehrung, da sie oft aus einem Irrthume entspringen. Haben sie aber Bosheit zum Grunde, dann werden zweckmäßige Kirchenstrafen, zeitliche Ausschließung aus der kirchlichen Gemeinde und Entziehung der Vortheile derselben die dienlichsten Mittel seyn, die Ordnung wieder herzustellen, die durch das Verbrechen gestört war.

§. 24.

Vom Wiedervergeltungsrechte.

Etwas zu materiell scheint die Auslegung des bisher angeführten Grundsatzes zu seyn, wenn man darunter, daß die Strafe im Geiste des Verbrechens liegen müsse, versteht, daß den Verbrecher gerade das Uebel, was er Andern zubereitete, treffen, oder auch, daß er an dem Theile des Körpers, womit er fehlte, soll bestraft werden. Es ist oben schon vorgekommen, daß der physische Schaden des Verbrechens nicht allein in Betracht kommen könne, sondern bey Festsetzung der Strafe vorzügliche Rücksicht auf den ganzen Staat geschehen müsse. Zudem würde dieser Satz zu mehrern Ungereimtheiten und Grausamkeiten Anlaß geben, und öfter noch unanwendbar seyn,

als

als die vorhin gedachte Regel. Besonders verstößt man gegen alle Regeln der Proportion zwischen Verbrechen und Strafen, wenn man dem Verbrecher dasjenige Glied entzieht, womit er gefehlt hat. Das Verbrechen kann in einem solchen Falle gering seyn, und doch ist der Schaden, den die Strafe wirkt, meist groß, unersetzlich. Das Wiedervergeltungsrecht war in den ältesten Zeiten sehr vortheilhaft, um die Privatrache zu beschränken. Man setzte deswegen fest, der Verbrecher dürfe nicht mehr Uebe lleiden, als er angethan habe. Der Beschädigte dürfte also nicht weiter gehen. Unterdessen sind von der Wiedervergeltung verschiedene Spuren in der römischen und teutschen Gesetzgebung anzutreffen *). Beyspiele davon sind die Abschneidung der Zunge bey dem Gotteslästerer, Abhauung der Hand bey dem Meineide, und dem Landfriedensbruche, Strafe des Feuers bey dem Brande u. s. w. Auch giebt es Schriftsteller, die der Wiedervergeltung das Wort sprechen. So sagen z. B. von Globig und Huster **): das Beyspiel werde am meisten erreicht, wenn die Strafe soviel möglich eine Wiedervergeltung des zugefügten Schadens sey, und Jeder in der Strafe das Verbrechen sehe; auch sey dem Verbrecher nichts empfindlicher, als das Uebel leiden zu müssen, was er seinem Feinde zubereite, oder durch die That zu entfernen suche. — Aber sie setzen auch bey, daß das Wieder-

ver-

*) Püttmann hat sie a. a. O. gesammelt.

**) Abh. über die Criminalgesetzgeb. S. 56. und in den vier Zugaben S. 66.

vergeltungsrecht öfter unmöglich sey. Und dann wird der Nutzen, der in gedachter Stelle gepriesen wird, mehr dadurch erreicht, wenn die Strafe der Hauptleidenschaft unmittelbar entgegen wirkt, als wenn man ein materielles Wiedervergeltungsrecht annimmt, was so vieles gegen sich hat *).

§. 25.

Allgemeine Eintheilung der Erfodernisse einer Strafe.

Wenn eine Strafe im Geiste des Verbrechens liegt, so enthält sie auch Beweggründe, um von Verbrechen abzuhalten. Und dieß ist auch der Absicht des Gesetzes vollkommen angemessen. Denn eben deswegen nimmt man zu Strafübeln seine Zuflucht, weil die Erfahrung lehrt, daß ohne sie Verbrechen nicht können verhütet werden. Also die Strafe soll Gründe zur Unterlassung unerlaubter Handlungen an die Hand geben. Dieß kann sie freylich der Regel nach nicht durch Belehrung thun, nicht durch Ueberzeugung die Menschen auf bessere Wege führen; aber sie kann ihn doch nachdenklich machen, und durch Furcht zurückhalten. Furcht ist die Absicht, warum das Gesetz droht, sie soll den Verbrecher von seinem bösen Vorhaben abschrecken, sie soll seine schlimmen Entschlüsse mit

*) Mehrere Gründe gegen die Talion finden sich bey Cremani L. I. P. II. C. III. §. 3. sq. Seeger de modo poenarum §. 5. Renazzi L. II. C. 4. §. 16. Blackstone Abh. über verschiedene Rechtsmaterien S. 108.

mit derselben eignen Waffen bekämpfen *). Damit aber diese Furcht desto besser aus den Strafen entstehe, damit sie desto allgemeiner wirke, ist erfoderlich, 1) daß die Strafe öffentlich vollzogen werde, und zwar 2) am Orte der begangnen That; 3) sie sobald als möglich auf die Vollziehung des Verbrechens folge, und 4) kein Zweifel über die Erkennung derselben obwalten könne.

§. 26.

Ueber Publicität der Strafen und deren Gründe.

Publicität der Strafen ist das erste Erfoderniß derselben. Ohne sie kann zwar ein Zweck derselben erreicht werden, daß der Verbrecher außer Stand zu schaden gesetzt wird. Aber eine Hauptabsicht, auch Andere von Verbrechen abzuhalten, bleibt unerfüllt. Wenn der Verbrecher seine Strafe leidet, ohne daß es seine Mitmenschen sehen oder erfahren, so sind diese ungewiß, ob es mit der gedrohten Strafe auch Ernst sey, so können sie auf den Gedanken gerathen, die gesetzliche Verfügung sey ein bloßer Schall ohne Kraft, ohne Erfüllung. Wird aber die Strafe so vollzogen, daß es das grössere Publicum mit ansieht, oder in Erfahrung bringt; dann wird dieses belehrt, daß das Gesetz nicht bloß droht, sondern auch seine Drohung erfüllt, daß es nicht allein mit Worten sondern mit wirklichen Uebeln schrecken will; dann

*) Schöne Bemerkungen über die aus Verbrechen entstehende Furcht finden sich in Schall S. 145. folg. und Wieland Th. I. §. 336. folg.

läßt sich die Wirkung erwarten, die der Zweck aller Gesetzgebung ist, daß die Verbrechen sich vermindern mögen. Ein grosser Theil der Unterthanen kennt die Gesetze der Theorie nach gar nicht; also muß er sie practisch nach der Vollziehung der Sanction kennen lernen. Und alle Untergebene müssen practisch erfahren, daß der Gesetzgeber den festen Vorsatz hat, seine Drohung geltend zu machen, daß keiner von ihnen eine Begünstigung zu erwarten hat, wenn er ein Verbrechen begehen sollte.

§. 27.

Zwey Arten von Publicität und Untersuchung deren Zweckmäßgkeit.

Durch Publicität der Strafen muß das Ansehen der Gesetze erhalten werden. Und daß aus ihr dieser Vortheil entspringe, werden wohl alle Rechtsgelehrte annehmen. Nur in der Art der Publicität herrscht eine Verschiedenheit von Meinungen. Es kann eine doppelte Art davon statt finden. Entweder wird die Strafe so öffentlich aufgelegt, daß das Volk durch das Gesicht sich von ihrer Existenz überzeugen kann. Oder die Ahndung wird insgeheim vollzogen, und dann bekannt gemacht, daß es geschehen sey. Für die erste streitet Püttmann*) und mit ihm der größte Theil der Schriftsteller; für die zweyte Benjamin Rusch**), nebst einigen Andern

*) Ueber die öffentliche Vollstreckung der peinlichen Strafen, ein Sendschreiben an Herrn Benjamin Rusch Leipz. 1792.

**) Untersuchung der Wirkungen öffentlicher Strafen auf die Verbrecher und die Gesellschaft. Leipz. 1792.

dern *). Ich muß gestehen, daß ich einige Ausnahmen abgerechnet der ersten Meinung anhänge. Es ist tief in der menschlichen Natur gegründet, daß wir nur jenes am meisten glauben, was wir mit eignen Sinnen erfuhren, wobey wir selbst gegenwärtig waren. Nur jenes wirkt höchste Ueberzeugung, was wir selbst gesehen haben. Dieser sinnliche Eindruck ist der stärkste, dauerhafteste, den uns unsere Phantasie so oft zurückkehren läßt, als wir es verlangen. Die Furcht, welche die Haupttriebfeder der peinlichen Gesetze ist, wird am meisten und stärksten durch einen solchen Eindruck erregt, die Absicht der Gesetze also am beßten erreicht. Wenn man die Strafe öffentlich vollzieht, so können die Unterthanen selbst am beßten einsehen, daß man sich genau ans Gesetz hält. Dadurch wird am beßten verhütet, daß keinem Verbrecher Unrecht geschieht. Also auch die Unpartheylichkeit der strafenden Gerichte wird am beßten durch Publicität der Strafen gesichert. Auch schreckt die öffentliche Vollziehung derselben mehr, als die geheime. Hat der Missethäter nur ein wenig Ehrgefühl — und wem kann man dieß ganz absprechen? — so wird es ihm sehr schmerzlich seyn, daß er vor den Augen das Volkes eine so schimpfliche Rolle spielen soll; und eben diese Furcht des öffentlichen Schimpfs ist nebst dem Uebel der Strafe ein grosser Abhaltungsgrund. Endlich lernt das ken-

*) Wagnitz a. a. O. S. 14. Ueber das Volk S. 225. Deutsche Monatsschrift. März 1790. S. 303. folg. Eine mitlere Meinung heget Klein Annalen B. IX. S. 190.

Publicum den Verbrecher durch die öffentliche Bestrafung kennen, weiß sich also vor ihm zu hüten, wenn er in Freyheit kommen und den alten Weg der Missethaten wieder betreten sollte. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die Strafe öffentlich aufgelegt, und daß es geschehen sey, bekannt gemacht wird. Erstens fällt hier die eben genannte öffentliche Schande, also eine grosse Abschreckungsursache weg. Zweytens macht es einen sehr vorübergehenden Eindruck, wenn man nur hört, dieser oder jener sey gestraft worden. Der Nutzen der Strafen fällt bey dem grössern Publicum weg, welches durch sinnliche physische Mittel am beßten regiert wird. Die geheime Vollziehung der Strafen kann Willkühr und Partheylichkeit erzeugen. Verbrechen lassen oft physische Spuren zurück, und das aus ihnen entstehende Aergerniß ist viel zu groß und auffallend, als daß es durch bloßes Hörensagen getilgt werden könnte. Der Ruf, daß Jemand Strafe gelitten habe, ist sehr trüglich, kann sich leicht vergrössern und in Lügen übergehn; der sinnliche Eindruck den man durch das Gesicht empfunden hat, ist allemal richtig. Wird es auch durch den Druck und Ausruf bekannt gemacht, daß das Gericht eine Strafe erkannte, so wird dieß von wenigen gelesen, und angehört. Aber bey der öffentlichen Vollstreckung ist immer ein grosser Theil des Publicums versammelt. Wenn ich blos höre, eine Strafe sey vollzogen worden, so dringt sich oft der Gedanke auf: es wird so arg nicht seyn. Wenn ich aber der Vollstreckung einer Strafe beywohne: dann leide ich mit dem Bestraften, dann wird mein Gemüth auf eine

vortheilhafte Art erschüttert, und die Hochachtung gegen die unerbittliche Gerechtigkeit vermehrt.

§. 28.

Ausnahmen von den bisherigen Grundsätzen.

Unterdessen kann es Fälle geben, wo die geheime Vollstrekung der Strafen räthlicher ist, als öffentliche; wo jene möglich ist, diese unmöglich. Dieß tritt ein 1) bey Strafen, deren Hauptzweck moralische Besserung ist. Freylich ist es meistens der Fall nicht, daß Strafen moralische Besserung wirken sollen; unterdessen haben doch manche derselben diese Absicht, und dann ist die Publicität schädlich. Denn wird der Verbrecher öffentlich bestrafet, so hemmt erstlich die Schande die er ausstehen muß, manchesmal die gehofte Besserung: und dann ist diese öffentliche Vollziehung Ursache, daß andere Menschen den Bestraften verabscheuen, sich von ihm absondern, und ihm die Mittel sich zu bessern erschweren. Eben dadurch wenn er sieht, daß ihm seine Besserung nichts hilft, wird er davon abstehen und den alten Weg der Verbrechen wieder betreten. In diesem Falle ist alle Publicität schädlich, sowohl die öffentliche Vollziehung, als auch die Bekanntmachung der geheimen Vollstreckung. Es ist auch keine von beyden nöthig; denn es ist allezeit von kleinen Verbrechen die Rede, wenn die Strafe auf Besserung allein geht; und bey diesen ist ein öffentliches Beyspiel nicht so nothwendig. Zweytens ist es gedenkbar, daß die öffentliche Vollziehung dem Staate Gefahr droht. Dieß tritt

man-

manchesmal bey Empörungen, Aufruhren und grossen Banden von Verbrechern ein. Hier ist zu befürchten, daß der Missethäter von seinen Mitverschwornen der Gerechtigkeit entrissen wird *), daß die öffentliche Bestrafung gefährliche Auftritte und Unordnungen veranlaßt; und dann ist es am räthlichsten, die Strafe insgeheim vollziehen und dann, daß es geschehen sey, öffentlich verkünden. Drittens kann manchesmal alle Publicität schädlich seyn. Diesen Grundsatz nehme ich bey allen fleischlichen Verbrechen an **). Solche Handlungen werden meist insgeheim verübt, aber dadurch ans Licht gezogen, daß man sie öffentlich bestraft. Nun erfährt mancher, der nichts von Thaten dieser Art wußte, ihre Existenz und Beschaffenheit. Die Strafe macht die Idee und den Reitz oft in denen rege, welchen zuvor nichts davon bekannt war. Aus ihr entsteht also oft mehr Schaden als Nutzen. Man solte vielmehr suchen fleischliche Verbrechen, besonders die widernatürlichen Arten, zu verdecken. Haben sie einiges Aergerniß gestiftet, so kann die Strafe vor jenen, die darum wußten, vollzogen werden. Deswegen ist gerade öffentliche Vollstreckung nicht nöthig. Endlich ergiebt die Natur der Sache, daß manchesmal die öffent-

 liche

*) Hasse de poenis occulte sumtis §. 8. Klein a. a. O. hält öffentliche Bestrafung bey Staats- und militairischen Verbrechen am zweckmäßigsten, wovon ich aber im oben vorgebrachten Falle abweiche.

**) Gleicher Meinung ist Cella von Verbrechen und Strafen in Unzuchtsfällen, §. 26. 38. 48. Gutwasser de poenis earumque modo §. 96.

liche Vollziehung nicht möglich ist: wie z. B. bey Geldstrafen, Beraubung der Ehre, die blos durch ein Urtheil geschieht. Aber diesen Abgang ersetzt die Verkündung, daß dieser eine Geldstrafe habe erlegen müssen, jener seiner Ehre sey beraubt worden u. s. w.

§. 29.

Prüfung der von Benjamin Rusch vorgebrachten Gründe.

Wenn man an das bisher vorgetragene gedenkt, so kann man leicht auf die Gegengründe antworten, womit Rusch die gewöhnliche Publicität der Strafe wegphilosophiren will. Er sagt: durch öffentliche Strafen werde die Besserung des Verbrechers nicht erreicht, weil dieselben das Gefühl der Schande zerstören, und zu kurz seyen, um eine solche Veränderung in Leib und Seele zu bewirken, und eingewurzelte Fertigkeiten zu bessern, sie vielmehr den Hang zu Verbrechen im Bestraften ausgebreitet haben, da dieser nichts mehr verlieren könne, vielmehr einen Geist der Rache gegen den Staat nähre. Ferner könne, fährt er fort, keine wahre Abschreckung aus den öffentlichen Strafen entstehen. Denn zeige der Verbrecher Standhaftigkeit, so errege er Achtung; seine Fühllosigkeit verbanne den Schrecken, seine Angst wirke Mitleiden. Oeffentliche Strafen machten auch sonst unbekannte Verbrechen öffentlich bekannt, und die Schande die aus allen solchen Bestrafungen folge, wirke ein Mißverhältniß, da dadurch alle Verbrechen gleich würden.

Des-

Deswegen will er über die Vollziehung der Strafen ein undurchdringliches Dunkel geworfen wissen. Die Missethäter sollen in ein einsames Haus eingesperrt werden, dort beständige Traurigkeit herrschen, und Niemand die Strafen und Behandlungsart erfahren, welche an diesem Orte statt findet; durch diese Ungewißheit seines Schicksals soll Schrecken und Furcht entstehen; ein unumschränkter Gerichtshof soll über die geheime Vollziehung der Strafen wachen. — Soviel gestehe ich allerdings ein, daß moralische Besserung durch öffentliche Strafen der Regel nach nicht bewirkt werde. Dieß ist aber auch die Hauptabsicht der Strafen nicht, und wird bey geheimen Bestrafungen eben so wenig erreicht werden. Und sollte dieser Zweck bey einer oder der andern Strafe vorhanden seyn, so würde ich nicht auf öffentliche Vollstreckung stimmen. Die Hauptabsicht aller Strafen ist, den Verbrecher außer Stand zu schaden zu versetzen, ihn und andere zu schrecken. Beydes zusammen kann nur durch öffentliche Bestrafung erreicht werden. Daß die Strafen das Gefühl von Schande ganz zerstören ist falsch. Sie sollen es bey dem Verbrecher und Andern recht lebhaft und wirksam machen. Wenn der Verbrecher durch die öffentliche Bestrafung beschimpft wird, so wird das Schaamgefühl in ihm nicht zerstört, sondern er wird dadurch abgeschreckt, für die Zukunft sich nicht mehr einer solchen Beschimpfung auszusetzen. Wenn man allen Schimpf von Strafen entfernt, so ist eine Haupttriebfeder der Gesetzgebung dahin, und diese wird in vielen Fällen zu ohnmächtig seyn, den Verbrechen zu steuern.

 Unter

Unter dieser Voraussetzung werden alle Strafen unwirksam seyn, sie mögen öffentlich oder geheim vollzogen werden. Sollte auch ein und der andere Verbrecher das Gefühl von Schande verlieren, so würde dieß ein geringeres Uebel seyn, als wenn die Gesetzgebung ein so wirksames Mittel, als die Furcht der Schande ist, ganz aufgeben müßte. Ungegründet ist es, daß alle Verbrechen dadurch gleich werden, weil alle öffentliche Strafe beschimpfe. Denn jeder Beobachter wird einsehen, daß der Grad dieses Schimpfs eben so von einander verschieden ist, als es die Verbrechen selbst sind. Eben so falsch ist es ferner, daß die öffentliche Vollziehung der Strafen den Hang zu fernern Verbrechen nähre, da der Missethäter nichts mehr zu verlieren habe, und voll Rache gegen den Staat sey. Dieß kann wieder von allen Strafen behauptet werden, ihre Vollziehung mag öffentlich oder geheim seyn. Wenn sich der Staat des Bestraften nach vollendeter Strafe annimmt, und dafür sorgt, daß der Wiederversöhnte in die Gemeinschaft rechtlicher Menschen zurück tritt, und ein ordentliches Nahrungsgewerbe ergreift, so hat der Bestrafte nun allerdings etwas zu verlieren; er wird nun an keine Rache gegen den Staat denken. Und sollte er's doch, so giebt es ja noch mehrere Mittel, sich gegen ihn zu sichern. Der ganze Grund beweiset weiter nichts als die Nothwendigkeit, daß der Staat sich des Verbrechers nach geendigter Strafzeit besonders annimmt, ihm seine Ehre zurückgiebt, und darauf sieht, daß er ein ordentliches Nahrungsgewerbe ergreift. Was Rusch von den verschiednen Wirkungen öffentlicher Strafen sagt,

die sie auf die Gemüther thun sollen, kann allerdings wahr seyn. Aber daraus folget noch nicht, daß Achtung oder Mitleid für den Verbrecher allezeit ausschlüßig vorhanden sey. Vielmehr ist mit diesen speciellen Affecten allezeit die allgemeine Furcht in den Gemüthern der Zuschauer verbunden. Wenn einer den Verbrecher bedauert, der andere bewundert, der dritte verwünscht: so kommen sie doch alle in dem Gedanken überein, daß es um die strafende Gerechtigkeit eine schreckliche Sache sey; und dieß erzeugt oft den Vorsatz, sich zu hüten, daß man ihr nicht in die Hände falle. Diese Furcht, welche durch öffentliche Strafen bewirkt wird, kann sich wieder auf verschiedne weise äußern; der Schwache kann die Schmerzen, der Ehrsüchtige die Schande fürchten. Die Gesetzgebung kann sich unmöglich um die speciellen Affecte und Urtheile bekümmern, welche öffentliche Strafen wirken könnten; sie hat genug gethan, wenn sie solche Mittel gewählt hat, die eine allgemeine gleichförmige wohlthätige Wirkung zu thun im Stande sind. Nun ist von öffentlicher Bestrafung allgemein zu erwarten, daß sie Schrecken und Furcht bey den Zuschauern wirke; warum sollte sie eine so vortheilhafte Anstalt nicht einführen? warum sollte sie sich davon abhalten lassen, weil in einem speciellen Falle die Wirkung derselben allenfalls vereitelt wird? Aus Ruschens Vortrage folgt weiter nichts, als daß man die Mißbräuche bey öffentlichen Strafen verbannen soll, damit sie desto allgemeiner die gewünschte Folge haben. Daß geheime Executionen und ein unumschränkter Gerichtshof auf gefährliche Willkühr hinauslaufen, hat Püttmann

mann *) schon bemerkt. Schön sind hierüber Filangieri's Worte: „Wenn die Strafe, die man einen Missethäter ausstehen läßt, eine öffentliche Handlung ist, deren Hauptabsicht die Erhaltung der Sitten ist, so ist jedes Strafurtheil, das entweder bey stiller Nacht, oder an Orten, die nur den geheimen Dienern der Justitz zugänglich sind, vollzogen wird, ein Streich der Grausamkeit oder der Tyranney, der das Gesetz des Hauptzwecks beraubt, den es sich bey der Bestrafung festsetzt, und der allein in gewissen Fällen die Strenge desselben rechtfertigen kann **).“ Ein hauptsächlicher Nutzen der geheimen Bestrafung soll seyn, daß die Phantasie die Grösse des Strafübels sich eben deswegen viel grösser vorstelle, als es wirklich ist, da sich Menschen weniger vor dem Gewissen als Ungewissen fürchten. Dieß setzt voraus, daß die Strafe noch nie öffentlich vollzogen ward, sonst fällt das Ungewisse weg. Aber auch bey einer solchen Voraussetzung kann man sich keinen Begriff davon machen; der eine wird sich die ganze Sache schwer, der andere leicht denken, der dritte für eine Fabel halten. Da nun die Urtheile hierüber gar zu schwankend sind, da die Gesetzgebung auf ein so ungewisses Ding als die menschliche Phantasie ist, sich nicht verlassen kann: so ist am sichersten, wenn man das Uebel der Strafe öffentlich zeigt, und die Menschen durch den Weg der Sinne schreckt. Dadurch wird ein gewisser und soviel es möglich ist, gleichförmiger Eindruck bewirkt.

Nun

*) Ueber die öffentl. Vollstreckung der peinl. Strafen S. 26.

**) System der Gesetzgebung Band III. S. 524.

Nun ist die höchste Gewalt überzeugt, daß die Untergebnen einen deutlichen Begriff von der Strafe haben; sie braucht es nicht darauf ankommen zu lassen, ob der Verbrecher eine mehr oder minder geschäftige Einbildungskraft besitze, sondern sie kann von Jedem annehmen, daß er gesunde Sinne und dadurch eine richtige Idee des Strafübels erlangt habe. Ich getraue mir zu behaupten, daß wenn man geheime Strafvollziehung annimmt, alle Strafen überflüßig seyen. Wenn Niemand dabey seyn darf, da der Verbrecher gestraft wird, so braucht man diesen gar nicht, oder nicht empfindlich zu strafen, sondern es ist genug, wenn er eingesperrt oder weggeschaft wird. Dann macht man öffentlich bekannt, es sey diese oder jene Strafe vollzogen worden, man beschreibt diese so fürchterlich als möglich. Da der ganze Eindruck von dieser Verkündigung abhängt, da diese auf die Phantasie wirken soll: so ist es genug, daß diese Bekanntmachung geschah. Ihre Wahrheit kann Niemand untersuchen. Ob der Verbrecher am Orte seines Aufenthalts viel oder wenig leidet, soll das Publicum nicht sehen. Also ist sein Leiden überflüßig, folglich ungerecht.

§. 30.

Vollstreckung der Strafe am Orte der begangenen That. Römisches Recht hierüber.

Ein anders wichtiges Erfoderniß der Strafe ist es, daß sie am Orte des begangnen Verbrechens aufgelegt wird. Einmal kann die Untersuchung an diesem Orte am

beßten geführet werden *); da die Spuren der That dort anzutreffen sind, die Zeugen sich dort aufhalten. Zweytens waren die Bewohner dieses Orts die Augenzeugen des Angriffs gegen die Gesetze; sie wurden durch das Beyspiel zu ähnlichen Thaten gereitzt: also sie müssen durch den sinnlichen Eindruck der Strafe zurückgehalten und von gleichen Gesinnungen abgeschreckt werden. Bey ihnen ist es vorzüglich nöthig, daß ein warnendes Beyspiel aufgestellt werde. Sie können am beßten wissen, warum der Verbrecher gestraft wird, weil sie die Handlung kennen, die ihm diese Strafe zuzog. Wird der Missethäter an einem andern Orte gestrafet, so wissen die wenigsten Zuschauer, warum es geschieht. Also sie betrachten mehr das Uebel, was er leidet, als sie an die That denken, warum er es verdient hat. Daher entsteht eher Mitleid als Abschreckung aus einem solchen Auftritte. Vorzüglich richtige Grundsätze stellt hier das römische Recht auf. Famosos latrones sagt L. 28. §. 15. D. de poenis, in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos compluribus placuit: ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, et solatio sit cognatis et affinibus interemptorum eodem loco poena reddita, in quo latrones homicidia fecissent. Nur scheint es ein Ueberbleibsel von Rache zu seyn, wenn das Gesetz den Trost anführt, den die Verwandten der Getödeten aus der Strafvollstreckung schöpfen sollen. Uebereinstimmend mit der obigen Verordnung ist L. 7. §. 4. L. 22. D. de accusat. Noch weiter geht die angeführte

L. 7.

*) Novell. 69. C. I.

L. 7. §. 5. und verfügt, wenn Jemand an verschiednen Orten Verbrechen begangen habe, so soll über die geringe Missethat am Orte ihrer Existenz untersucht, Strafe verhängt, dann der Verbrecher an dem Ort, wo er die grössere begieng, ausgeliefert werden. Die Untersuchung eines Verbrechens konnte auch an dem Orte geschehen, wo der Verbrecher erwischt ward *). Doch begehrte gewöhnlich die Obrigkeit des Orts, wo die That war verübt worden, die Auslieferung **). Ja der Richter der den Missethäter gefangen hatte, übergab ihn selbst nach geendigter Untersuchung dem Gerichte des Orts, wo die Handlung vorfiel ***). Freylich war die römische Gerichtsverfassung auch so eingerichtet, daß man die gedachten Einrichtungen ausführen konnte. Alle Obrigkeiten standen unter einem Herrn; deswegen war gleichförmige Verwaltung der Gerechtigkeit möglich; es konnte die allgemeine Regel aufgestellt werden, daß am Orte der begangenen That die Strafe erfolgen soll. Und hiemit stimmt auch das canonische Recht †) und die Meinung bewährter Schriftsteller überein ††).

§. 31.

*) L. 1. C. ubi de crimin.

**) L. 7. D. de custod. et exhib.

***) L. 11. §. 1. eodem.

†) C. 14. X. de foro compet. C. I. de raptor.

††) Püttmann über die öffentl. Vollziehung peinl. Strafen S. 93. Schröter de sumendo supplicio in loco ubi crimen perpetratum est. Ienae 1756.

§. 31.

Verfügungen der teutschen Praxis.

In Teutschland ist die Ausführung des gedachten Grundsatzes schon schwerer. Bekanntlich ist das teutsche Reich in viele einzelne Staaten abgetheilt, die von einander unabhängig sind. Hier läßt sich es gedenken, daß ein Verbrecher im Lande A seine That begieng, im Lande B seinen gewöhnlichen Wohnsitz hat, im Gebiete C sich gegenwärtig aufhält. Hier haben wir drey Richter, deren jeder ein Recht zur Untersuchung hat, keiner vom andern die Auslieferung fodern kann. Unter solchen Umständen fällt also offenbar die Anwendung des römischen Rechts weg. Der Verbrecher wird im Lande B oder C gestraft, obschon er im Gebiete A seine That verübte. Unterdessen wäre es doch sehr zu wünschen, daß die Reichsstände sich dahin verbänden, allezeit den Verbrecher an den Richter auszuliefern, in dessen Bezirke die That war verübt worden. Die Regenten Teutschlands sind durch das allgemeine Band der Reichsverfassung unter sich verknüpft. Diese legt ihnen die Pflicht auf, für die Erhaltung der gemeinschaftlichen Sicherheit, für die Beobachtung der teutschen Gesetze zu sorgen. Es würde gewiß kein unbedeutender Beytrag seyn, das gesetzliche Ansehen zu befestigen, wenn durch einen allgemeinen Reichsschluß festgesetzt würde, daß die Strafe jedes Verbrechens am Orte seiner Existenz soll vollzogen, also der Missethäter an das Gericht dieses Orts soll ausgeliefert werden. Wenn man jedes teutsche Land einzeln betrachtet, so steht

der

der Anwendung des römischen Rechts kein Hinderniß entgegen. Alle Richter sind einem Landesherrn eben so unterworfen, wie es im römischen Staate war. Also kann bey dieser Lage der Sachen der Grundsatz geltend gemacht werden, daß der Ort des begangnen Verbrechens die schicklichste Stelle zu Vollziehung der Strafe sey. Aber bey allem dem wird doch diese Wahrheit nicht so häufig befolgt, als seyn sollte. Der Grund liegt darin, weil die Zuchthäuser mehr und mehr anfangen, alle andere Strafen zu verdrängen. Todesstrafen und körperliche Züchtigungen können an jedem Orte vollzogen werden. Und es scheint auch in ältern Zeiten häufiger geschehen zu seyn, daß man sie an Ort und Stelle auflegte, weil man in manchem teutschen Lande Galgen und Rabensteine bey jenen Landämtern antrift, welche die Besorgung der peinlichen Gerichtsbarkeit haben. Man kann daraus schliessen, daß es Grundsatz gewesen sey, daß nicht alle Executionen in der Hauptstadt müssen vorgenommen werden, sondern daß sie auch auf dem Lande und wahrscheinlich an dem Orte der begangnen That statt finden können. Aber der Verfall jener Zeichen der peinlichen Gerichtsbarkeit, die auf dem platten Lande sich befinden, beweiset so zu sagen augenscheinlich, daß man den Grundsatz immer mehr und mehr verläßt, woran öconomische Gründe auch ihren Antheil haben mögen. In kleinen Reichslanden werden die Strafen meist in der Hauptstadt vollzogen; in grössern Staaten gewöhnlich in der Hauptstadt der Provinz, wo die That vorfiel, oder die Untersuchung geführt ward. Der Grund liegt darin, weil meist der Unterrichter nichts

für sich thun kann, also die ganze Sache sammt dem Verbrecher ans Obergericht, was gewöhnlich in Städten ist, abgeliefert wird, wo sodann letzteres das Urtheil spricht und auch vollzieht. Anderntheils bestehen die meisten Strafen in der Verurtheilung zum Zuchthause. Dieses befindet sich mehrerer Sicherheit wegen an einem festen Orte, meist in der Hauptstadt. Zum wenigsten hat es seinen bestimmten Platz und ist eben deswegen der Anwendung unsers Grundsatzes hinderlich.

§. 32.

Nähere Vorschläge hierüber.

Folgende Puncte möchten dazu dienlich seyn, die Verbreitung des oftgedachten Grundsatzes zu befördern. 1) Die Verwandlung der Zuchthäuser in öffentliche Arbeit. Ich habe an einem andern Orte *) gezeigt, daß diese vor jenen vieles zum voraus habe. Was hieher gehört, ist der Punct, daß öffentliche Arbeiten an jedem Orte können verrichtet werden, wie ich in der angeführten Schrift weitläuftiger gezeigt habe. 2) Mehrere Anwendung der Leibesstrafen. Ich werde unten zeigen, daß die gar zu häufige Erkennung der Zuchthausstrafen dem Strafsystem eben nicht vortheilhaft sey, und es räthlicher wäre, in verschiedenen Verbrechen auf Leibesstrafe zu erkennen. Daß letztere am Orte der begangnen That können vollzogen werden, ergiebt die Natur der Sache. 3) Soll der Verbrecher ins Zuchthaus verurtheilt werden,

*) Ueber die Strafe der öffentlichen Arbeiten, Wirzburg 1789.

den, so kann man ihn am Orte der begangenen That öffentlich ausstellen, ihm allenfalls dort den Willkommen geben, den er bey dem Eintritte ins Zuchthaus zu erwarten hat oder ihm sein Urtheil dort öffentlich vorlesen. Dadurch würde dem Mangel an zweckmäßiger Publicität am beßten vorgebeugt. 4) Ueberhaupt wenn die Bestrafung am Orte des begangnen Verbrechens nicht eintreten kann, so sollte doch den Bewohnern dieser Gegend vorzüglich bekannt werden, wie der Verbrecher sey bestraft worden, damit sie doch einigermaßen so viel es möglich ist, von ähnlichen Vergehungen abgeschreckt werden. 5) Wenn der Verbrecher mehrere Missethaten an verschiedenen Orten begieng, so ist freylich das Hin- und Herschicken, wie es das römische Recht verordnet, sehr lästig; es wäre genug, wenn die Strafe an dem Orte vollzogen würde, wo die schwerere, oder bey gleicher Strafbarkeit wo eine davon ist begangen worden.

§. 33.

Beschleunigung der Strafe eines Verbrechens.

Ein fernerer Punct, der die Heilkraft der Strafen sehr vermehrt, besteht darin, daß sie sobald als möglich auf das Verbrechen folge. Es sey fern von mir, daß ich der Uebereilung peinlicher Untersuchungen das Wort reden sollte. Aber ich möchte eben so wenig alle unnöthige Verzögerung in Schutz nehmen. Nebstdem daß dieselbe den Staat zu grossem Aufwande verleitet, um Gefangene zu ernähren: so sind sie in einem hohen Grade

ungerecht und unmenschlich. Der Verdächtige kann ja leicht unschuldig seyn, und stellt man sich dieses vor, so kann man auch die Grösse des Unrechts sich denken, das ihm durch Jahrelange Untersuchungen ist zugefügt worden. Aber auch wenn der Verdächtige wirklich Verbrecher ist, so widerstrebt es den Rechten der Menschheit, ihn so lange Zeit mit Ungewißheit seines Schicksals zu martern. Besonders wird der Eindruck öffentlicher Strafen auf eine schädliche Art geändert. Folgt die Strafe dem Verbrechen auf dem Fuße nach, so weiß das Publicum, warum der Bestrafte leiden muß. Ist aber eine geraume Zeit verstrichen, so ist das Andenken des Verbrechens entweder ganz oder doch größtentheils erloschen. Also denken die Zuschauer nur die Größe des Uebels, was der Bestrafte nun ausstehen muß; die Ursache seines Leidens haben sie vergessen; unter solchen Umständen kann die Strafe keine Abschreckung sondern bloßes Mitleiden wirken, womit dem Ansehen der Gesetze wenig gedient ist. Schwer ist also in allem Betrachte die Verantwortung des Richters, der peinliche Untersuchungen ohne Noth in die Länge zieht, und die Verdächtigen in schrecklicher Ungewißheit und ungesunden Kerkern jahrelang schmachten läßt! Möchte die Gesetzgebung es zur unverbrüchlichen Regel machen, daß peinliche Sachen mit ungestörter Thätigkeit vor allen andern Sachen müssen geführt werden. Wenn dann der saumselige Richter die Kosten der Verzögerung tragen müßte, so würde er zwar nicht aus Menschenliebe doch aus Liebe zu seinem Vermögen jenen Fleiß verwenden, den das Beßte der Menschheit erfodert. Vortreflich ist

die

die Regel der L. 5. C. de custod. reor. *) und eben so treffend sind die Bemerkungen, welche Eckartshausen **), Filangieri ***) u. a. m. über diesen so wichtigen Punct machen.

§. 34.

Gewißheit der Strafen.

So nöthig aber die bisher genannten Erfordernisse sind; eben so nothwendig ist auch der Punct, daß die Strafen gewiß seyen †). So lange der Verbrecher noch Hoffnung hat, unentdeckt und ungestraft zu bleiben, so lange kann man das Uebel der Strafe nicht groß genug bestimmen. Denn jener denkt noch immer, er werde straffrey durchkommen, und diese Hoffnung ist es, welche die meisten Verbrechen erzeugt. Denn wer würde so albern seyn, einen Todschlag oder Diebstahl zu begehen, wenn er ganz gewiß vorsehen müßte, daß ihn die Strafe des Todes oder Zuchthauses unausbleiblich treffen werde? Wenn auch der Missethäter die Strafe sich denkt, und sie für ein grössers Uebel hält, als den Vortheil des Verbrechens, so hält er doch diesen für gewiß, jene für ungewiß,

*) De his, quos tenet carcer inclusos, id aperta definitione sancimus, ut aut convictos velox poena subducat, aut liberandos custodia diuturna non maceret.

**) Von der Würde des Richteramts. München 1788. S. 39 folg.

***) B. III. Kap. 24. Cremani L. I. P. II. C. 4. §. 13.

†) Renazzi L. II. C. IV. §. 6.

wiß, so wird er diesen zu erhaschen suchen, jene weniger fürchten. Je mehr die Hofnung der Gerechtigkeit zu entwischen geschwächt wird, desto gewisser werden auch Missethaten verhütet werden. Zu diesem Zwecke möchten folgende Puncte dienlich seyn: 1) wenn allen Unterthanen die Pflicht aufgelegt wird, die Verbrechen anzuzeigen, die ihnen bekannt werden. Nun muß der Missethäter in jedem Menschen einen Angeber fürchten, also die Hoffnung der Strafloßigkeit um so mehr aufgeben. 2) Wenn die Verjährung der Verbrechen entweder ganz aufgehoben, oder doch in enge Schranken begränzt wird. 3) Wenn man auf die Untersuchung und den Beweis des Verbrechens allen Fleiß verwendet, und dessen Urheber nicht hoffen kann, daß er mit Lügen sich durchhelfen werde. 4) Wenn alle Hoffnung der Begnadigung aufhört, und das Schwerd der Gerechtigkeit unerbittlich alle Verbrecher trift. Jede Nachlassung der verdienten Strafe ist eine Wunde, die der Gesetzgebung zugefügt wird, die also die Wirkung derselben mehr und mehr schwächen muß, je öfter sie eintritt. 5) Wenn keine Ausnahme statt findet, gewisse Verbrecher nicht gelinder als andere behandelt werden. Ungleichheit der Strafe ist, wie Michaelis *) sehr schön sagt, wahre Härte gegen die, welche die ganze Strafe leiden müssen. Denn sie haben kein abschreckendes Beyspiel, vielmehr gelindere Behandlung anderer Missethäter gesehen: sie empfinden die Schärfe des Gesetzes, ohne dessen Wohlthat genossen zu haben.

§. 35.

*) Gedanken über Sünde und Genugthuung §. 13.

§. 35.

Einrichtung der Strafen um die Volksmeinung zu berichtigen. Entfernung der zu grossen Härte.

Um aber das Uebel der Strafe um so zweckmäßiger zu machen, ist es gut, wenn man der öffentlichen Meinung nachgeht, die Strafen danach einrichtet, und durch zweckmäßige Anordnung die Volksmeinung zu berichtigen sucht. Es ist eine schon von andern gemachte Bemerkung, daß Gesetze nichts fruchten, wenn die Meinungen des Volks damit nicht übereinstimmen. Die erste Sorge des Gesetzgebers muß also dahin gehen, der öffentlichen Meinung wenn sie gut ist zu folgen, oder wenn sie unrichtig ist, sie auf den rechten Weg zu leiten. In Ansehung der Strafe ist dem Gesetzgeber alles daran gelegen, daß sein Volk überzeugt sey, daß Strafen blos aus Nothwendigkeit aufgelegt werden, weil man die Unschuldigen nicht anders schützen kann, als durch die Bestrafung der Verbrecher *), daß Strafen nicht von der Laune des Regenten abhängen, sondern nach genauer Befolgung der Grundsätze von Proportion zwischen Verbrechen und Strafen bestimmt werden. Diese Ueberzeugung zu bewirken, dürfen Strafen nicht grausamer seyn, als es die Natur der Sache erfodert **). Aus dem Begriffe von Nothwehr, wo-

*) Wagnitz über Zuchthäuser S. 11.

**) Renazzi L. II. C. 4. §. 5. Gmelin §. 23. Montesquieu B. VI. K. 12. von Globig und Huster Abh. S. 59. Brissot Tom. I. p. 132. principe IV. Stichler de varia poe-

worauf das Recht zu strafen sich vorzüglich stützt, folgt schon, daß man das möglichst geringste Uebel wählen müsse, um dem Andern die Macht zu schaden zu benehmen. Schon dadurch wird erwiesen, daß kein Recht existire grausamere Strafen als nöthig ist zu verhängen. Auch verfehlen diese ganz ihren Zweck. Werden Verbrecher barbarisch behandelt, so wird es Jedermann für Sünde halten, ein Verbrechen anzuzeigen; vielmehr wird Jeder dem Urheber solcher Thaten die Mittel an die Hand geben, sich dem Arme der Gerechtigkeit zu entziehen. Sind aber Strafen dem Verbrechen angemessen, so wird jeder Gutgesinnte das seinige beytragen, zu Bestrafung der Verbrechen mitzuwirken. Im letzten Falle wird der Gesetzgeber die Völksmeinung dahin leiten, daß man die wahre Absicht der Strafen einsieht, daß sie zum Schutze der Unschuldigen unumgänglich nöthig sind, da hingegen grausame Strafen ein schädliches Mitleyd und den Wahn wirken, als strafe die Obrigkeit blos, weil sie die Macht dazu habe oder durch Leidenschaft dazu verleitet werde, dem Verbrecher ihre Grösse fühlen zu lassen. Grausam aber nenne ich 1) jene Strafen, die mehr Schmerzen zufügen, als nöthig sind, um den Verbrecher außer Stand zu schaden zu versetzen. Dahin gehören besonders die meisten qualificirten Todesstrafen. 2) Welche den Verbrecher so auszeichnen, daß man die Spuren der Strafe nicht

poenarum civilium ad puniendi fines relatione §. 5. De l'influence de la severité des peines sur les crimes. Discours, qui a remporté le prix au jugement de l'academie de Marseill. Par. Mr. Eymar 1789.

nicht mehr verlöschen kann, wenn auch jener der beßte Mensch werden sollte. Dieß gilt von allen Verstümmelungen des Körpers, von Brandmahlen im Gesichte u. s. w. *) 3) Die dem Verbrecher die Mittel benehmen, sich ehrlich und ordentlich zu nähren, die ihn zwingen, zum Unterhalte des Lebens Missethaten zu begehen. Beyspiele sind Landesverweisungen und Ehrlosigkeit. 4) Deren Wirkung sich nicht auf den Verbrecher allein, sondern auch auf die nämliche Art gegen Unschuldige erstreckt, diese nicht allein zufällig, sondern hauptsächlich und unmittelbar trift. Dahin ist die Einziehung des ganzen Vermögens zu zählen.

§. 36.

Eine Strafe muß so wenig als möglich einen Unschuldigen beschädigen.

Der letzte Punct führt wieder auf einen neuen Grundsatz; eine Strafe darf, so wenig als es möglich ist, einen Unschuldigen treffen, sondern ihre Wirkung muß auf den Missethäter allein eingeschränkt werden **). Es würde auf einer Seite ungerecht seyn, einen Unschuldigen

*) Gutwasser de poenis earumque modo §. 86. 89.

**) Renazzi L. II. C. III. §. 5. Gmelin §. 23. Stelzer Grundſ. d. p. R. K. 8. §. 14. Gutwasser de poenis earumque modo. Feder über den menschlichen Willen Th. III. §. 86. Ebenderselbe entwickelt die Gründe der alten Sitte, daß man die Anverwandten und Angehörige des Verbrechers mit in die Strafe zu ziehen suchte, a. a. O. §. 87.

zu strafen; auf der andern Seite würde es Haß gegen die Gesetzgebung und unächte Grundsätze vom Zwecke der Strafen hervorbringen. Aber wie ist es möglich, die schädliche Wirkung einer Strafe auf Unschuldige zu verhüten? Man würde nie strafen können, wenn man den Grundsatz, die Unschuld nicht zu verletzen, in seiner ganzen Strenge ausüben wollte. Der Mittelweg zwischen dem Bestrafen der Verbrecher und dem Schutze der Unschuld wird dieser seyn. Offenbar ist es, daß die Strafe nicht unmittelbar, nicht hauptsächlich einen Unschuldigen treffen könne. Das Hauptübel der Strafe selbst darf Niemand als der Verbrecher empfinden. Deswegen sind Einziehungen des ganzen Vermögens nicht zu billigen, weil sie die unschuldige Familie des Verbrechers eben so unmittelbar treffen können, als den Verbrecher selbst. Aber es läßt sich oft nicht verhüten, daß die Folgen der Strafe auf die Unschuld fallen *). Und in so fern entsteht die Frage: ist der Staat berechtigt, die Folgen eines Strafübels auch die Unschuld empfinden zu lassen? ist er deshalb zur Schadloshaltung verbunden? Die Natur der Sache ergiebt, daß für die zufälligen Folgen einer Strafe Niemand zu haften, sondern jener den Schaden zu tragen habe, den er trift. Die Frage kann also nur dann entstehen, wenn die nothwendigen oder gewöhnlichen Strafen auf Unschuldige fallen. Dadurch kann diesen letzten entweder die Hoffnung eines Gewinns (lucrum cessans) entzogen oder ein wirklicher Nachtheil (damnum emergens) zugefügt werden. Im letzten Falle sind die ge-

*) Pufendorf de jur. natur. et gent. L. 8. C. 3. §. 30. 31.

gekränkten Unschuldigen vollkommen berechtigt, vom Staate eine Schadloshaltung zu fodern. Dieser letzte hat es für nöthig gefunden, eine Strafe aufzulegen, um dadurch die unschuldigen Bürger gegen Verbrechen zu sichern. Diese letzte Absicht würde aber offenbar verfehlt werden, wenn Unschuldige durch die Strafe leiden müßten. Hier würde die Ahndung nicht nur keinen Schutz gewähren, sondern sogar ein Uebel zufügen. Wenn also der Staat mit der Strafe der Ruhe der Gesellschaft ein Opfer bringt, wenn dieses Opfer aber Unschuldige trift, so muß auch die Gesellschaft sie entschädigen. Denn sie hatte zwar ein Recht sich an den Verbrecher zu halten, aber nicht an Andere, welche sich keiner Störung der gesellschaftlichen Ruhe schuldig machten. Sie fügt also den letzten einen Nachtheil zu, der ihnen muß vergütet werden. Wenn die Strafe nicht nur dem Missethäter, sondern auch Unschuldigen schaden darf, so ist sie ein eben so grosses wo nicht grösseres Uebel, als das Verbrechen; es wäre also gleichgültig wo nicht besser, wenn sie unterbliebe. Wird sie aber zum Vollzuge gebracht, so ist es nicht nur höchst billig, sondern auch dem vollkommnen Rechte gemäß, daß jene, die den Vortheil von der Strafe haben, das ist die Gesellschaft die Andern entschädigen, welche ohne ihre Schuld durch die Strafe des Verbrechers litten. Diesen Ersatz des Schadens nehme ich alsdann an, wenn die unschuldige Familie des Verbrechers einen wirklichen Nachtheil durch die nothwendigen oder gewöhnlichen Folgen der Strafe empfunden hat. Ein solcher Schaden kann entweder die Ehre oder das Vermögen treffen. Im ersten

Falle

Falle ist es besondere Pflicht des Staats, von der Unschuld den Schimpf abzuwenden, den sie durch die Strafe des Missethäters leiden könnte. Vorwürfe die deshalb seiner Familie könnten gemacht werden, sind schwerer zu bestrafen, als gewöhnliche Angriffe der Ehre des Nächsten. Denn hier ist mehrere Gefahr vorhanden, daß die Ehre eines Unschuldigen leide, als nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge. Deswegen muß die Gesellschaft diese Ehre der Unschuld mehr als gewöhnlich schützen. Wenn Unschuldige durch die Strafe des Verbrechers entweder an ihrem eignen Vermögen beschädigt, oder in wirklichen Mangel versetzt werden, so trift auch hier die Pflicht des Staats zur Entschädigung und Unterstützung des Mangels ein. Aber offenbar würde man diese Verbindlichkeit der Gesellschaft zu weit ausdehnen, wenn man ihr auch zumuthen wollte, der Familie des Verbrechers den Vortheil zu ersetzen, dessen Hoffnung sie durch die Folgen der Strafe verlohren hat. Hier ist kein positiver wahrer Schaden im eigentlichen Sinne da; Die Grösse desselben läßt sich nicht genau bestimmen; es ist mehr zufällige als nothwendige und gewöhnliche Folge, wenn die Hoffnung eines Gewinns durch die Strafe eines Andern verlohren geht. Auch kann man der Familie des Verbrechers nicht allen Schaden ersetzen, den sie durch dessen Schuld leidet; sonst müßte man alle Verträge wieder aufheben, die der letzte auf eine den Seinigen nachtheilige Art geschlossen hat. Sondern der Staat ersetzt nur jenen Schaden, den er einem Unschuldigen dadurch zufügte, weil er den Verbrecher strafen mußte, was aber nicht anders geschehen

konnte, als dadurch, daß die gewöhnlichen oder nothwendigen Folgen davon auf Unschuldige fielen. Die Gesellschaft entzog durch ihr dominium eminens einem Unschuldigen etwas, auf dessen Eigenthum oder Genuß er ein volles Recht hatte; dieser mußte zwar dem dominio eminenti ein Opfer bringen, kann aber von allen jenen eine Entschädigung fodern, welche einen Vortheil aus seiner Aufopferung ziehen.

§. 37.

Positive Gesetzgebung und Praxis hierüber.

Aber stimmt auch alles dieß mit den positiven Gesetzen und der Praxis überein? Tragen diese auch wirklich Sorge dafür, daß eine Strafe Unschuldigen nicht schade? Soviel erkennt das römische Recht für richtig an, daß Niemand wegen des Verbrechens eines Andern leiden könne *). Es ist zwar in den unten angeführten Stellen nur die Rede von bürgerlichen Fällen; aber nach der ganzen Analogie und dem Grunde der Gesetze muß die Anwendung davon auf die peinliche Sachen gemacht werden **). Der Grund dieser Verfügungen ist in der

L. 22.

*) Dieß erweisen die Titel des Codex ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore vel mater pro filio conveniatur und ne filius pro patre vel pater pro filio emancipato vel libertus pro patrono vel servus pro domino conveniatur.

**) Von solchen Sachen sprechen alle Gesetze im Tit. cod. si reu. vel. accusator mortuus fuerit und hegen denselben Grundsatz.

L. 22. C. de poenis*) angegeben. Aber demungeachtet verfolgt die blutige L. 5. C. ad L. Iul. maj. die unschuldige Familie des Hochverräthers mit ungerechter Strenge, läßt nicht nur die Folge der Strafe auf die Söhne fallen, sondern belegt diese selbst unmittelbar mit eignen Strafübeln, obschon sie gar keines Verbrechens schuldig sind. Demungeachtet erkläret das römische Recht den todeswürdigen Verbrecher für einen Sklaven des Staats, zieht dessen Vermögen ein, läßt also diese Strafe eben so auf die Schuld wie auf die Unschuld fallen. Nun hat zwar Justinian hierin eine Aenderung gemacht, und die Einziehung der Güter des Verurtheilten zum Beßten des Fiscus verwehrt, wenn Descendenten oder Ascendenten bis zum dritten Grade da sind**). Aber dadurch sind die Confiscationen nicht aufgehoben, sondern nur beschränkt, und bey verschiednen Verbrechen z. B. Entführung, Hochver-

*) Sancimus, ibi esse poenam ubi et noxia est. Propinquos notos familiares procul a calumnia summovebimus, quos reos sceleris societas non facit. Nec enim adfinitas vel amicitia nefarium crimen admittunt. Peccata igitur suos teneant auctores: nec ulterius progrediatur metus quam reperiatur delictum. Gleicher Meinung ist L. 26. D. de poenis. Man will zwar aus der L. 4. §. 2. D. de offic. procons. die Regel aufstellen, daß die Männer für ihre Weiber haften müssen. Aber hier kömmt ein ganz besonderer Fall vor. Das Gesetz hält es für die öffentliche Verwaltung der Provinzen für gefährlich, wenn der Proconsul sein Weib mitnimmt. Also es soll der Regel nach unterbleiben. Sollte aber ein Proconsul seine Frau doch mitnehmen, so warnt ihn das Gesetz, daß er eine gefahrvolle Sache unternehme, also für die Folgen derselben stehen müsse.

**) Nov. 134. C. 13.

verrath, Blutschande ausdrücklich gestattet. Also auch nach dem neuesten römischen Rechte trift noch zu oft ein Hauptübel der Strafe nicht nur den Missethäter sondern auch dessen unschuldige Familie. Noch weniger sorgt meines Wissens das römische Recht dafür, daß die Unschuld entschädigt wird, wenn sie durch die Strafe eines Andern einen Schaden leidet. Vielmehr werden häufige Todesstrafen, Verweisungen erkannt, ohne daß man sich darum bekümmerte, ob Unschuldige darunter leiden, oder nicht. Die teutsche Gesetzgebung ist von der römischen wenig verschieden. Nur darin ist jene billiger, daß durch den 218. Art. der P. G. O. die Einziehungen des Vermögens seltner geworden sind; also nun nicht mehr so oft wie vordem die Strafe unmittelbar die Unschuldigen trift. Aber die teutschen Gesetze sorgen eben so wenig dafür, daß die Unschuld entschädigt wird, wenn sie durch die Strafe eines Andern leidet. Ja nach dem heutigen Strafsysteme scheinen die Folgen der Strafe mehr als jemals der Unschuld nachtheilig zu werden. Die Verbrecher werden auf kürzere oder längere Zeit ins Zuchthaus gesperrt, und dadurch außer Stand gesetzt ihre Familie zu ernähren; das Gewerbe liegt, die Kunden gehen verloren, Frau und Kinder darben, ohne daß sich oft Jemand auf eine thätige Art ihrer annähme.

§. 38.

Inwiefern geht eine Strafe gegen Erben über? Römische Gesetzgebung.

Die bisherige Untersuchung entscheidet auch im allgemeinen den Fall, ob die Strafe eines Verbrechens auf Er-

Erben übergehen könne? Diese Frage wird ohne Anstand mit Nein beantwortet, wenn von solchen Sachen die Rede ist, die die Person des Verbrechers allein betreffen, wie dieß bey Todes- oder Leibesstrafen, Entziehung der Freyheit und des guten Namens eintritt. Aber wenn die Strafe auf das Vermögen geht, dann ist die Frage gedenkbar, ob Erben schuldig seyen, die Geldstrafen zu erlegen, welche ihr Vorfahrer verwirkte? Nach der Natur der Sache ist nicht eher eine Verbindlichkeit da, eine Geldstrafe zu entrichten, als bis man durch den Spruch des Richters dazu ist verurtheilt worden. Niemand ist von freyen Stücken zu dieser Bezahlung verbunden, wenn er auch ein Verbrechen begieng. Also muß er vom Richter als Verbrecher erklärt, und ihm die Summe angesetzt seyn, die er als Strafe erlegen soll. Nun aber kann dieses Erkenntniß des Richters gegen Niemanden als den Verbrecher gerichtet werden, da diese Eigenschaft und alle Verbindlichkeit zur Strafe persönlich ist. Ist der Missethäter gestorben, ohne daß ein Urtheil gegen ihn ergangen war, so ist er noch nicht gerichtlich für einen solchen erklärt, und die Summe seiner Strafe noch nicht festgesetzt worden. Also war so lang er lebte keine bestimmte Verbindlichkeit da, eine Geldbuße zu erlegen; diese ist nunmehr mit seinem Tode erloschen; folglich kann der Erbe zu nichts mehr angehalten werden, da er weder selbst Verbrecher noch diese Eigenschaft seines Vorfahrers auf ihn übertragen ist. Aber ganz anders verhält sich die Sache, wenn ein Urtheil des Richters ihn zu einer Geldbuße verurtheilt hat. Denn ist

dieß

dieß geschehen, so ist nunmehr eine bestimmte Pflicht sie zu erlegen da; nun ist der Verurtheilte ein Schuldner des Fiscus; er muß ihm einen Theil seines Vermögens als Strafe entrichten; diese Pflicht wird durch das Urtheil auf das Vermögen geheftet, und eben dadurch auf Erben übertragen. Die teutsche Gesetzgebung schweigt über gegenwärtigen Punct; also kömmt alles auf richtige Auslegung des römischen Rechts an. Diesem zufolge muß ein Unterschied zwischen öffentlichen und Privatstrafen gemacht werden. In Ansehung der letzten hat es keinen Anstand, daß die Klage auf Privatstrafe gegen Erben übergehe, wenn sie gegen den Verbrecher angestellt und eine Litiscontestation erfolgt war *). Was öffentliche Verbrechen betrift, so ist hierüber vorzüglich die L. 20. D. de accusat. merkwürdig, welche verordnet: Ex judiciorum publicorum admissis non alias transeunt adversos heredes poenae bonorum ademtionis, quam si lis contestata, et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et majestatis judicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicen.

*) §. 1. I. de perpetuis et tempor. action. L. 26. und 33. de O. et A. daß aber die beyden letzten Gesetze nur von Klagen auf Privatstrafe handeln, ergiebt sich daraus, weil sie das Wort actiones poenales und convenire gebrauchen, diese Worte aber aber bey delictis und poenis publicis sich nicht anwenden lassen, da keine actio sondern accusatio statt findet, und das erste Wort nach dem Sprachgebrauche eine Klage bedeutet, wobey der Kläger ein Interesse hat, und etwas für sich begehrt, was bey Privatstrafen zwar, aber nicht bey öffentlichen der Fall ist.

dicentur: adeo ut Severus et Antoninus rescripserint, ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse. Ex caeteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta. Das Gesetz setzt also die allgemeine Regel fest: bey öffentlichen Verbrechen könne das Vermögen nicht eingezogen werden, wenn nicht der Missethäter selbst verurtheilt worden sey. Nun verordnet das Gesetz dieß von bonorum ademtione überhaupt; dieses Wort geht aber nicht auf die Einziehung des ganzen Vermögens allein, sondern auch auf Geldstrafen. Also auch diese können nur dann vom Erben gefodert werden, wenn das verdammende Urtheil dem Verbrecher bekannt geworden war. Daß aber ademtio bonorum auch auf Geldstrafen gehe, ergiebt sich ferner daraus, weil das crimen repetundarum ausgenommen ist. Denn dieß Verbrechen wird nicht mit Einziehung des ganzen Vermögens, sondern mit Erlegung des Vierfachen bestraft *). Giengen also die Worte ademtio bonorum auf Confiscation überhaupt, so wäre es nicht nöthig gewesen, das crimen repetundarum auszunehmen, weil es unter dieser Voraussetzung ohne dieß nicht unter der Regel begriffen war, also der Ausnahme nicht bedurfte. Die Schlußperiode des Gesetzes ex caeteris vero delictis u. s. w. muß von Privatverbrechen verstanden werden. Denn man kann öffentliche Vergehungen nicht darunter verstehen, die an Leben, Körper, Ehre oder Frey-

*) L. 1. C. ad L. Iul. repetund.

Freyheit bestraft werden; solche Ahndungen können ihrer Natur nach nicht gegen Erben übergehn. Vermögensstrafen ist bey öffentlichen Missethaten der Erbe nur dann zu entrichten schuldig, wenn dem Verbrecher das verdammende Urtheil war verkündet worden; also ist nun nichts mehr übrig, als die Schlußworte des Gesetzes von Privatverbrechen zu erklären. Wenn man den Sinn des Gesetzes annimmt, wie er eben vorgetragen ward, so stimmt dasselbe mit andern Stellen des römischen Rechts *) und der Billigkeit überein. Nun ist es Grundsatz die Gesetze so zu erklären, daß sie einander nicht widersprechen, und unter zweyen streitigen Meinungen die billigste anzunehmen. Wenn man also auch den Sinn der L. 20. für zweydeutig annehmen wollte, so würde doch die oben vorgetragene Erklärung der gegenseitigen Meynung vorgehen.

§. 39.

Beurtheilung der Gegengründe.

Gegen die vorgebrachten Grundsätze wird von verschiedenen behauptet: die L. 20. sey nur von Confiscation des ganzen Vermögens zu verstehen, Geldstrafen könnten von Erben gefodert werden, wenn nur die Untersuchung bey Lebzeiten des Verbrechers angefangen worden sey. Man stützt sich auf die Schlußperiode des Gesetzes. Aber es ist oben gezeigt worden, daß dort die Rede von Pri-

*) L. 38. D. de reg. jur. L. 5. C. si reus vel accusat. mort.

vatverbrechen sey. Nebstdem beruft man sich auf L. un. C. ex delict. defunct*). Aber daß hier von Entschädigung gesprochen werde, erweisen schon die Worte: in Solidum, quatenus pervenit, ne alieno scelere ditentur; die sich durchaus nicht auf Strafen anwenden lassen. Die L. 26. 33. de O. et A. reden, wie oben gemeldet ward, von Privatstrafen, passen also nicht hieher. Ferner haben verschiedene dasjenige als Regel aufgestellt, was doch nur Ausnahme ist. Das römische Recht erklärt in gewissen Fällen, daß das Vermögen oder einzelne Güter ipso jure an den Fiscus sollen verfallen seyn. Diese können vom Erben unbedingt gefodert werden, wenn auch der Verbrecher selbst nicht ist belanget und verurtheilt worden. Dahin gehört die L. 14. D. de public. et vectig. et comm. **) Dahin das Sctum Silanianum et Claudianum welches dem Erben das Vermögen dann entzieht, wenn er das Testament eher eröfnete, als er den Tod des Erblassers rächte, die Sclaven auf die Tortur bringen und bestrafen ließ. Diese dem Erben entzogene Erbschaft fiel dem Fiscus so anheim, daß er sie auch nach dessen Tode von jedem Besitzer fodern

*) Post litis contectationem eo, qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit, defuncto successores ejus in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit, conveniri, juris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.

**) Comissa vectigalium nomine etiam ad heredem transmittuntur. Nam quod commissum est, statim desinit ejus esse, qui crimen contraxit: dominiumque rei vectigali adquiritur. Eapropter comissi persecutio, sicuti adversus quemlibet possessorem sic adversus heredem competit.

fodern konnte *). Die L. 4. C. de apostat. versagt den Abtrünnigen von der römischen Kirche das Recht ein Testament zu machen, und spricht das Vermögen den christlichen nächsten Verwandten zu; dann fährt es fort: Sed ne hujus interpretatio criminis latius in incerto vagetur errore; eos praesentibus insectamur oraculis, qui nomine Christianitatis induti, sacrificia sacrilega vel fecerint, vel facienda mandaverint; quorum etiam post mortem comprobata perfidia hac ratione plectenda est, ut donationibus testamentisque rescissis, hi, quibus hoc deferret legitima successio, hujusmodi personarum hereditate potiantur. Also auch das Testament eines verborgnen Apostaten wird als nichtig erklärt, den darin bestimmten Erben das Vermögen entzogen, und den nächsten christlichen Verwandten gegeben. Das Vermögen eines Hochverräthers **) und Selbstmörders ***) kann auch nach dem Tode von Erben noch gefodert werden. Eben dieß hat auch bey dem crimine repetundarum in Ansehung des vierfachen Platz. Alle diese Fälle sind aber nichts als Ausnahmen. Die Klagen des Fiscus haben gegen die Erben statt, wenn auch keine Untersuchung gegen den verstorbenen Verbrecher angestellt war; ja, diese Rechtsmittel gehen nicht nur gegen Erben, sondern auch Besitzer einzelner Sachen, z. B. wenn die Zollstätte ist umfahren worden, und die verfallene Waare in den Händen eines dritten Besitzers ist. So wenig

 aber

*) L. 5. §. 2. L. 9. L. 22. de Scto Silan.

**) L. 20. D. de accusat.

***) L. 1. C. de bonis eor. qui mort. sib. consciv.

aber der Erbe des noch nicht verurtheilten Verbrechers gehalten ist, eine Geldstrafe zu erlegen, so kann er sich doch nie von der Verbindlichkeit befreyen, den Schaden zu ersetzen, den sein Vorfahrer durch ein Verbrechen zufügte. Die Gründe davon können aber hier in der Lehre von Strafen nicht auseinander gesetzt, sondern müssen einem schicklichern Platze vorbehalten werden *).

§. 40.

Einige nähere Eigenschaften der Strafen. In wiefern Schande damit zu verbinden sey.

Jene Strafe ist ohne Anstand die vorzüglichste, welche mehrere Zwecke zugleich erfüllt **). Unterdessen darf unter dem Vorwande mehrere Absichten zugleich zu erfüllen, das Uebel nicht erhöht werden. Es ist genug, wenn die Hauptabsicht erreicht, der Verbrecher außer Stand zu schaden gesetzt wird. Der gedachte Grundsatz ist also so zu verstehen, insofern es ohne Vergrösserung der

*) Ueber die Verbindlichkeit des Erben aus dem Vermögen seines Erblassers sind nachzusehen: Menken seu pot. resp. Winkler de reo ejusque herede ex delicto corporis afflictivam poenam merente ad ablati expensarumque restitutionem obligato Lipſ. 1734 Ayrer seu pot. resp. Müller de actionibus ex delicto rei persecutoriis adversus heredes delinquentis in solidum competentibus Götting 1752. Donellus ad Tit. C. ex delict. defunctor. Müller quatenus poena ad heredes transeat. Böhmer ad Carpz. qu. 131. obſ. 1. Quistorp peinl. Recht Th. I. §. 87. und Beyträge S. 576. n. 39.

**) Feder über den menschlichen Willen Th. III. §. 86. von Globig und Huster Abhandl. S. 61.

der Strafe geschehen kann. Immer aber muß jene Ahndung gewählt werden, die so sehr als möglich den Staat vor dem Verbrecher sichert. Eine weitere Rücksicht besteht auch darin, daß man das Ehrgefühl des Verbrechers nicht ganz ersticken dürfe *). Die Furcht vor Schande ist ein grosses Mittel von Verbrechen abzuschrecken, und wirkt oft eben so viel, als das körperliche Uebel, was die Strafe mit sich verknüpft hat. Der Mensch, welcher das Gefühl der Schaam nicht kennt, ist zu allem fähig. Der Gesetzgeber würde sich selbst eines der stärksten Abhaltungsgründe berauben, wenn er das Gefühl der Schaam vertilgen wollte **). Die Strafe muß also zwar den Missethäter beschämen, muß ihm aber doch die Hofnung lassen, daß er in die Classe der ehrlichen rechtlichen Menschen wieder eintreten könne, wenn er seine Strafe überstanden hat. Fehlt diese Aussicht, so muß die Verzweiflung zu allem antreiben, so muß die Abwesenheit des Schaamgefühls ihn zu Missethaten um so muthiger machen, da er nichts zu verlieren hat, wenn er auch erwischt wird. Aber man würde zu weit gehen, wenn man alle Schande von Strafen verbannen, oder deswegen ihre öffentliche Vollstreckung aufheben wollte. Dieß würde auf das Strafsystem einen äußerst nachtheiligen Einfluß haben, und die ohnedieß so kleine Anzahl von Strafen außerordentlich beschränken. Man benutze vielmehr die bey Strafen unvermeidliche Schande auf eine so sparsame

 Art,

*) Feder a. a. O. Brissot p. 134.

**) Michaelis Vorrede zum VI. Th. d. m. R. S. 113.

Art, daß ehrliebende Menschen eben dadurch von Verbrechen abgeschreckt, aber auch Missethäter der Hofnung ihre Ehre hergestellt zu sehen nicht beraubet werden. Der Gesetzgeber ehre auch im Strafen die Rechte der Menschheit; kränke zwar das Schaamgefühl vertilge es aber nicht ganz. Am beßten möchte diese Absicht erreicht werden, wenn man Ahndungen nicht gebrauchte, die den Bestraften dem Muthwillen und Hohne des Pöbels Preis geben, oder eine niedrige schimpfliche Behandlung des Verbrechers mit sich verbunden haben. Solche Auftritte erwecken keine Furcht, sondern eine Ausgelassenheit und Selbstrache, welche die Menschheit entehret. Ein Mensch der so behandelt ward, ist für beständig ausgezeichnet, und wird bey der geringsten Veranlassung wieder beschimpfet werden. Dieß muß sein Ehrgefühl nothwendig abstumpfen. Eben so verhält sich die Sache mit Strafen, die auf beständig zeichnen, wie z. B. Verstümmelungen und Brandmahle. Trägt ein Mensch auf diese Art die Spuren des Verbrechens an sich, so kann er nichts anders als wegwerfende Behandlung erwarten; man wird ihn überall als einen Verworfnen ansehen, und sich von ihm so sehr als möglich absondern. Aehnliche Folgen sind von jeder Ehrlosigkeit zu erwarten, wenn sie auf beständig gegen Jemanden erkannt wird. Wenn aber der Regent die Strafen nach richtigen Grundsätzen genau vorzeichnet, ihr Maas nicht von der Willkühr ihres Vollziehers oder des Publicums abhängen läßt; wenn die Schande nicht in niedrige Beschimpfung ausartet, wenn sie nicht Hauptzweck ist, sondern das Hauptübel der

Strafe begleitet, dann werden die Zuschauer überzeugt werden, daß man die Menschheit auch im Verbrecher ehre; daß man nur strafe, um die Unschuldigen vor unerlaubten Angriffen zu sichern. Das vorzüglichste Mittel aber was hiezu dienlich ist, besteht darin, wenn sich der Staat des Bestraften annimmt, da seine Strafzeit vorüber ist, und er in die Classe rechtlicher Menschen zurück tritt. Hat der Missethäter dazu Hofnung, so wird er sich bemühen, vom Verbrechen auf den Weg des Heils zurückzukehren, so wird er das Gefühl der Ehre schwerlich ganz ablegen, weil er sich sonst die Aussicht in eine bessere Zukunft verderben würde. Und dieß wird er um so mehr thun, wenn die Obrigkeit dafür sorgt, daß er ein ordentliches Nahrungsgewerbe ergreifen, und ruhig gegen Spott und Injurie seyn kann *). Dieser Punct möchte also grosser Beherzigung würdig seyn.

§. 41.

Verbindung der Strafe und des Schadensersatzes; Entfernung interessiter Absichten.

Soll die Strafe in den Augen des Publicums nicht unnütz scheinen, so suche man soviel möglich den Schadensersatz damit zu verbinden. Beyde Puncte sind zwar sehr von einander verschieden; die Vergütung des Nachtheils kann der Maasstab der Strafe nicht seyn. Aber es

*) Vortrefliche Bemerkungen hierüber siehe in Klein's Annalen B. XI. S. 123. folg.

es läßt sich doch denken, daß der Missethäther zugleich gestraft, und zum Ersatze des Schadens angehalten wird; es kann eine solche Strafe gewählt werden, die zugleich den Beschädigten befriedigt, ein abschreckendes Beyspiel darstellt, und den Verbrecher außer Stand zu schaden setzt. Diese Vortheile kann Zuchthaus und öffentliche Arbeit in sich vereinigen. Wird der Beschädigte nicht wieder in den vorigen Stand gesetzt, so hält der größte Theil des Volks die Strafe für unnütz. Was hilft es mich, sagt der Bestohlne, daß der Dieb gehenkt wird, wenn ich mein verlohrnes Gut nicht wieder bekomme. Damit also die Wirkung der Strafe vermehrt, und das Publicum von ihrer Nothwendigkeit überzeugt wird, so erkenne der Richter zugleich über Schadensersatz, oder wähle eine solche Strafe, die die Absicht derselben nicht nur erreicht, sondern auch auf die Schadloshaltung des Beleidigten überhaupt gestellt ist. — Eben so schädlich ist der Eindruck der Strafen alsdann, wenn damit ein besondrer Vortheil für die Obrigkeit verknüpft wird. Sobald der gemeine Mann merkt, daß eine interessirte Absicht bey der Strafe mit obwaltet, so wird er geneigt zu glauben, der Richter strafe um seines Beutels willen; dadurch wird der Gesichtspunct, aus welchem die Strafen zu betrachten sind, ganz verrückt; dann wird die gemeine Meynung darauf verfallen, die Gerechtigkeit treffe nur den Armen, der Vermögende dürfe alles wagen, wenn er auch einma erwischt wird, so blende ein Beutel voll Goldes den Richter, und wende alle Rache der Gerechtigkeit von ihm ab. Aus diesen Gründen ist es also räthlich,

lich die Geld- und Vermögensstrafen selten zu machen, und wenn man sie anwendet, den Betrag davon zum öffentlichen Beßten so zu verwenden, daß es in die Augen fällt, daß der Richter aus den Verbrechen der Untergebenen keinen Vortheil ziehe.

§. 42.

Weitere Vorschläge zu zweckmäßiger Einrichtung des Strafsystems im allgemeinen.

Ueberhaupt muß die Strafe so eingerichtet werden, daß das so gemeine Mißtrauen des gemeinen Mannes gegen die Obrigkeit, so viel möglich, verbannet wird. Sobald das grössere Publicum die Strafgewalt des Richters für bloße Willkühr hält; wenn es im strafenden Gerichte blos die physische Macht fürchtet, nicht das Recht zu strafen anerkennt, nicht die Absicht und den Vortheil der Strafen einsieht; so werden die Strafen nie den Nutzen stiften, den man von ihnen mit Recht erwartet. In dieser Voraussetzung wird man den Verbrecher, der der Obrigkeit entwischt, für glücklich halten; man wird ihm zu seiner Flucht behüflich seyn, man wird den Bestraften bedauern. Denn Niemand denkt daran, daß auch er einen Vortheil davon habe, wenn Verbrechen bestraft werden; denn der Nutzen ist nicht unmittelbar, nicht in die Augen fallend. Jedermann steht in dem Wahne, der Richter strafe nur um seine Macht zu zeigen, nur um sich furchtbar zu machen. Wenn aber der Gesetzgeber ein richtiges Maas der Strafen festsetzt, wenn er sie aus

dem Geiste des Verbrechens nimmt, wenn man sich bemüht, daß der Beschädigte wieder zu dem Seinigen kömmt, wenn man auch im Strafen die Menschheit ehrt, nicht grausam, nicht willkührlich behandelt, wenn man sich des Bestraften nach überstandner Strafzeit annimmt und zeigt, daß man zwar die Verbrechen hasse, nicht aber den Missethäter, der genug gebüßt hat; dann wird man die Strafanstalten nicht für Sache der Obrigkeit, sondern für gemeine Sache halten; dann wird jeder Unterthan aus Ueberzeugung, nicht aus Furcht allein, mitwirken; dann läßt sich die für die Menschheit so ehrenvolle Hofnung fassen, daß die Strafen immer mehr vermindert werden und endlich gar unter die Sagen der Vorzeit gehören möchten. Zu dieser schönen Aussicht könnten folgende Puncte das ihrige beytragen: 1) wenn im Strafen keine Ausnahme gemacht, keine Rücksicht auf den Stand des Verbrechers genommen wird. Wenn der größere Theil des Volks sehen muß, daß gewisse Menschen ungestraft Verbrechen begehen, oder mit einer gelinden Strafe durchkommen; dann kann man den Gedanken nicht ausschlagen, das die Augen der Gerechtigkeit nicht so fest verbunden seyen, als sie gewöhnlich abgemahlt wird. Dann wird der gemeine Mann den Verdacht der Partheylichkeit des Richters nicht verbannen, sondern auf den Gedanken gerathen: die Schärfe des Gesetzes sey nur gegen ihn gerichtet, und seine Mitmenschen genössen unter andern Vortheilen auch den, sich dem Arme der strafenden Gerechtigkeit ganz oder zum Theile entziehen zu können. Wie schädlich dieser Wahn sey, ergiebt ein flüchtiges

Nachdenken. Er wird aber auf keine andere Art können bekämpft werden, als wenn in Ansehung der Strafen vollkommene Gleichheit hergestellt, der angesehene Verbrecher nicht gelinder als der niedere bestraft wird *). 2) Man mache die gefällten Urtheile und deren Gründe öffentlich bekannt. Alle Heimlichkeit erregt den Verdacht der Willkühr. Und dieß trift auch bey Verwaltung der Gerechtigkeit ein. Da die Umstände jeder That so verschieden sind, so muß auch oft das nämliche Verbrechen auf mancherley Art bestraft werden. Wenn man nun nicht erfahren kann, warum ein Todschläger am Leben, der andere mit dem Zuchthause, der dritte am Leibe bestraft wird, so kann der Nichtunterrichtete glauben, der Richter habe dieß alles nach seinem Gefallen so geordnet. Man muß also jeden Fall mit seinen speciellen Umständen bekannt machen, dann wird jeder gemeine Menschenverstand einsehen, daß eine Missethat härter als die andere müsse gestraft werden, obschon beyde zur nämlichen Art gehören. Werden also peinliche Urtheile so abgefaßt, daß sie die Hauptumstände der That mit Milderungs- und Schärfungsgründen enthalten **); werden sie durch den Druck verbreitet, so kann diese Publicität dem Strafsysteme mehrere Dauer verschaffen. Aber man würde zu weit

*) Point de distinction des peines a raison des distinctions des criminels. Tout criminel convaincu cesse d'être citoyen, et n'a plus de droit aux priviléges du rang. Brissot Theor. d. loix crim. T. I. p. 133. princ. VI.

**) Montesquieu B. XI. Kap. VI. S. 257. der Uebersetzung: Altenburg 1782.

weit gehen, wenn man die Meinung von Globigs und Husters *) annehmen wollte, die behaupten: es dürfe eine Strafe nie gemildert oder geschärft werden, weil man sonst auf Willkühr schließen könnte, wenn die Strafen gar zu verschieden wären. Diese Meinung würde auf offenbare Härte hinauslaufen, wenn man den vollendeten Bösewicht eben so wie den verführten Unglücklichen behandeln wollte. Da menschliche Handlungen so sehr verschieden sind, so macht dieß auch Verschiedenheit der Strafen nöthig. Es kann aber dem daraus entstehenden Uebel am beßten dadurch vorgebeugt werden, wenn man die Gründe bekannt macht, warum man bey Verbrechen einer Art das einemal so, das anderemal wieder anders straft. Soweit geht auch die Fassungskraft des gemeinen Mannes, daß er einsieht, daß Milderungs- oder Schärfungsursachen einen Einfluß haben müssen. Er wird sich also beruhigen, wenn er die Existenz dieser Umstände erfährt, er wird die Gerechtigkeit der Urtheile nicht verkennen, wenn sie auch noch so verschieden ausfallen, wenn er von den Gründen dieser Verschiedenheit überzeugt ist. 3) Man wende die nämliche Strafe nicht gar zu häufig an; sonst wagt man auf einer Seite, daß sie ihr Schreckliches verliert; auf der andern Seite denkt sich der größte Theil des Volks die Verbrechen gleich **). Wenn der Dieb einer kleinen Summe eben so ins Zuchthaus kömmt, wie der Mörder: so weiß man zwischen

Mord

*) Vier Zugaben. Zug. II. S. 229. folg.

**) Blackstone S. 121.

Mord und Diebstal wenig Unterschied zu machen. Dieses Uebel wird dadurch verhütet, wenn die Strafe im Geiste des Verbrechens liegt. Denn alsdann muß die Verschiedenheit der Verbrechen nothwendig auch einen Unterschied der Strafen bestimmen.

§. 43.

Jeder Verbrecher soll von seines Gleichen gerichtet werden.

Möchte es nicht gut seyn, jeden Verbrecher von seines Gleichen richten zu lassen?*) Es ist mir zwar wohl bekannt, daß dieser Vorschlag wichtige Hindernisse gegen sich habe. Meist gehören Missethäter zu einem solchen Stande, der in rechtlichen Verfahren ganz unerfahren ist. Da nun die Verwaltung der Gerechtigkeit auf wissenschaftlichen Grundsätzen beruht, so würde oft eine sonderbare Rechtspflege herauskommen, wenn Bürger oder Bauern die Richter wären. Demungeachtet läßt sich auch bey der gegenwärtigen Verfassung vieles thun, was dem gedachten Vorschlage sehr nahe kommt. Wenn ich mir ein Gesetzbuch denke, wie es seyn soll, daß aus kurzen deutlichen Sätzen besteht, so kann der Inhalt davon jedem gemeinen Menschenverstande klar gemacht werden. Wenn nun der Richter ein Rechtsgelehrter wäre, die Schöppen aber aus dem Stande des Verbrechers genommen würden, so würde erstlich der Bürger- und Bauernstand sich geehrt fühlen, wenn er einen Theil des Gerichts

*) Montesquieu a. a. O.

richts ausmachte; zweytens würden diese Beysitzer sich überzeugen, daß man Verbrecher mit der möglichsten Schonung behandele, und diese Ueberzeugung könnte von ihnen dann weiter verbreitet werden. Drittens stößt der Richter bey Untersuchungen auf besondere Eigenheiten und Meinungen eines Standes, die ihm die Mitglieder desselben am beßten erklären könnten. Viertens dürften bey der Untersuchung die Beysitzer nur Zuschauer seyn; aber wenn es auf Bestimmung der Schuld und Strafbarkeit ankömmt, dann müßte der Richter ihnen die mildernden und schärfenden Umstände vorlegen, den Sinn des Gesetzes deutlich machen, und zum wegigsten ihre consultative Stimme hören. Dadurch würde auf einer Seite der Willkühr des Richters vorgebeugt, auf der andern das Ehrgefühl des Publicums erhöht, wenn es an den Richterstellen einen solchen Antheil nehmen dürfte. Wie groß die Wirkung davon sey, beweiset das Beyspiel unserer Voreltern. Der rohe zügellose Teutsche beugte seinen Nacken willig dem Gerichte dar, weil es mit Personen seines Standes besetzt war. Freylich war es ehedem unumgängliche Nothwendigkeit; denn die Strafe ward meist nach Gewohnheiten bestimmt, von denen jeder Stand seine besondere hatte, die andern unbekannt waren. Diese Lage ist nun nicht mehr vorhanden; aber sollte man eine alte Einrichtung deswegen ganz verwerfen, weil sie nicht mehr unumgänglich nöthig, sondern nur in einem hohen Grade nützlich ist? Sollte der Teutsche deswegen den Vortheil der alten Verfassung verlieren, weil er nicht mehr so wild so unbezähmbar ist, wie vormals?

weil er sich der Form einer vernünftigen Staatsverfassung unterworfen hat, und in dieser Unterwürfigkeit andern Völkern ein lehrreiches Beyspiel giebt? — Endlich strafe man solche Handlungen nicht zu häufig, oder doch nur gelinde, welche an und für sich gleichgültig oder erlaubt sind *). Der Staat wird endlich in ein allgemeines Zuchthaus umgeschaffen, wo die Furcht ihren Thron aufgeschlagen hat, wo man nichts als von Strafe spricht, wo die Zuchtruthe immer geschwungen wird. Niedergeschlagenheit, Heucheley, Mistrauen und ängstliche Heimlichkeit sind die Folgen einer solchen Regierung. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß der Staat manche gleichgültige Handlung verbieten muß, um Ruhe und Ordnung zu erhalten. Aber auf der andern Seite muß den Untergebnen vernünftige Freyheit verbleiben, wenn ihnen ihr Vaterland nicht verhaßt werden soll. Sieht sich auch die Policey gezwungen, gewisse Handlungen zu verbieten, so wähle sie solche Strafen, die nicht drücken, nur warnen; sie nehme eher die Miene des strafenden Vaters, als des unerbittlichen Richters an.

§. 44.

Dauer der Strafen.

Endlich gehört im allgemeinen die Frage hieher, wie die Dauer der Strafe zu bestimmen sey. Es versteht

*) Graf Soden Geist der teutschen Crim. Ges. Th. III. §. 30. Gutwasser de poenis earumque modo §. 90.

steht sich von selbst, daß nur von Beschränkungen der Freyheit, oder Kränkungen der Ehre die Frage seyn könne, wohin Zuchthaus, öffentliche Arbeit, Gefängniß, Landesverweisung und Ehrlosigkeit zu rechnen sind. Denn bey Todes- Leibes- und Vermögensstrafen läßt sich keine Dauer gedenken. Im allgemeinen läßt sich soviel mit Gewißheit bestimmen, daß das Uebel der Strafe so lange dauern müsse, bis ihre Absicht vollkommen erreicht, d. i. bis der Staat vor dem Verbrecher vollkommen sicher ist. Hat nun die Missethat einen vorzüglichen Grad von Bosheit zum Grunde, und gehört sie zu der schwersten Classe von Verbrechen; dann wird die Gesellschaft nie genug vor einem solchen Menschen sicher seyn, und der Regel nach ewige Beraubung der Freyheit statt finden. Eben dieß wird auch bey mitlerer Bosheit und minder schweren Verbrechen eintreten, wenn eine Wiederhohlung da ist, der Verbrecher schon ein und das andremal durch Strafe gewarnt war. Sonst aber, wenn man die Wiederholung abrechnet, kann in dem gegebnen Falle nur eine zeitliche Einschränkung der Freyheit Platz greifen, die dann bey gelinden Verbrechen noch geringer seyn kann. Hat der Missethäter Jemanden beschädigt, so muß er es entweder aus seinem Vermögen erstatten, oder durch Arbeit abverdienen, die so lange dauern muß, bis der Nachtheil vergütet ist. Beraubungen der Ehre dürfen der Regel nach nicht so lange fortgesetzt werden, als Einschränkungen der Freyheit. Diese gewähren dem Staate den Vortheil, daß sie den Verbrecher auf physische Art außer Stand zu schaden setzen. Dieß ist manchesmal auf lange

Zeit

Zeit nöthig. Damit ist auch für den Missethäter der Umstand verbunden, daß er genährt wird. Aber Ehrenstrafen werden erkannt, um dem Verbrecher einen Abscheu vor Verbrechen und Respect gegen die Gesetze einzuflößen. Die Strafe soll ihm also Gründe an die Hand geben, weitere Vergehungen zu unterlassen; dieß läßt sich aber nur dann gedenken, wenn der Verbrecher noch Hofnung hat, daß seine Strafe aufhört *). Der Bestrafte bleibt dabey in Freyheit, muß sich seine Nahrung selbst suchen, wird nur auf moralische Art außer Stand zu schaden gesetzt. Dauert eine solche Lage zu lange, so wird das Ehrgefühl des Verbrechers stumpf, die Strafe verliert bey ihm ihre Wirkung und er wird in Noth und Verzweiflung gesetzt; also wird hier eine Abkürzung nöthig seyn, um den Bestraften, der in seiner Freyheit bleibt, nicht noch gefährlicher für den Staat zu machen. Mehr läßt sich im allgemeinen über die Dauer der Strafe nicht sagen, die specielle Natur jedes Verbrechens giebt speciellere Regeln an die Hand, wie lang das Uebel der Strafe müsse fortgesetzt werden. Soviel wird aber daraus zu ermessen seyn, daß die strafende Gewalt sich das Vermögen eine Strafe abzukürzen nicht benehmen dürfe **). Dieß wird besonders bey Verstümmelungen und solchen Brandmalen eintreten, die nicht wieder verwischt werden können. In einer solchen Lage wird es unmöglich seyn, den Missethäter wieder in die Classe rechtlicher Menschen

*) Wieland. §. 333.

**) Von Globig und Huster vier Zugaben S. 75.

aufzunehmen, wenn er auch das untadelhafteste Leben führen sollte. Wenn übrigens von Globig und Huster *) die Dauer der Strafe danach abmessen, ob der Schaden einer Handlung ersetzlich oder unersetzlich ist, so kann ich um deswillen dieser Meynung nicht seyn, weil ich überhaupt den Schaden nicht zum Maasstabe der Strafe machen möchte. Noch weniger kann ich eine andere Behauptung dieser Schriftsteller annehmen, daß die Strafe so lange dauern soll, als das Andenken des Verbrechens. Wer vermag dieß auf eine bestimmte Art zu berechnen? Die ganze Sache hängt sehr viel von Umständen ab. Werden in einem Staate viele Verbrechen begangen, so verdrängt immer eines das andere in den Gedanken des Publicums. Hier würden also die Strafen kürzer seyn, als in dem Falle, wenn die Verbrechen seltner sind. Jedermann sieht also leicht ein, daß alles dieß keinen Einfluß auf die Strafe haben könne.

Viertes Kapitel.

Vom Zwecke der Strafen.

§. 45.

Verschiedenheit der Meinungen in dieser Lehre. Worinn der Zweck der Strafen eigentlich bestehe.

Keine Lehre wird so verschieden vorgetragen, in keinem Puncte weichen die Meynungen so sehr von einander ab, als bey Entscheidung der Frage, worinn eigentlich der

*) Ebend. S. 68—70.

der wahre Zweck der Strafen bestehe *). Darinn kommen alle überein, daß der Endzweck aller Strafen die Sicherstellung des Staats gegen Verbrecher, die Gründung des gesetzlichen Ansehens sey. Aber in Ansehung der nächsten Zwecke herrscht große Verschiedenheit unter den Rechtslehrern. Sie können sich darinn nicht vereinigen, welche die Mittel seyen, den letzten oder Endzweck zu erreichen. Einige nehmen als nächsten Zweck die Besserung, andere die Schadloshaltung des Beschädigten an; andere wollen den Verbrecher ausser Stand zu schaden gesetzt wissen. Bald soll Abschreckung, bald die Wiedervergeltung, bald die Compensation des Uebels der Strafe mit jenem des Verbrechens, bald der Vortheil der öffentlichen Cassen, bald das Wohl des Staats, der Zweck der Strafen seyn **). Nach einigen sollen die Missethaten wie Sünden nach den Grundsätzen der göttlichen Gerechtigkeit abgemessen werden ***); nach andern die Rache einen Maasstaab der Strafe abgeben. Um hiebey auf richtige Grundsätze zu kommen, ist vor allem zu untersuchen, warum gestraft wird. Dieß geschieht ohne Anstand deswegen, daß die Mitglieder der Gesellschaft gegen künftige Verbrechen gesichert werden. Wegen des begangenen Verbrechens allein kann keine Strafe statt finden †). Man muß sich zwar bemühen, daß der Scha-

 den

*) Gmelin hat die verschiedenen Meinungen hierüber gesammelt; Grunds. d. Gesetzg. v. Verbr. u. Straf. §. 14. S. 23.

**) Leyser sp. 649. med. 1. bringt alle diese Zwecke bey.

***) Grotius de jure belli ac pacis L. II. C. 20. §. 4.

†) Pufendorf de jure nat. et gent. L. 8. C. 3. §. 8.

den desselben so viel möglich ersetzt wird. Aber der Nachtheil, den der ganze Staat gelitten hat, die Wunde, die dem Ansehen der Gesetze geschlagen ward, ist unersetzlich. Es wäre also zweckwidrig und grausam, deswegen allein eine Strafe verhängen wollen. Aber wenn der gesetzliche Damm einmal durchbrochen ist, und der Verbrecher nichts übels zu besorgen hat, vielmehr den Vortheil seiner That in Ruhe genießen darf, so ist die höchste Gefahr, diese vortheilhafte Lage möge ihn reizen, noch ferner der Gesetze zu spotten, noch weitere Eingriffe in die Rechte Anderer zu wagen. Und dieser Trieb zu Missethaten kann nicht in ihm, sondern auch in Andern entstehen, die sich durch das böse Beyspiel verführen lassen. Es muß also ein Gegenwicht gegen diese bösen Begierden bestimmt, oder es muß gestraft werden *). Der Zweck der Strafen kann also kein anderer seyn, als die Verhütung künftiger Verbrechen, die Abhaltung der Unterthanen von gesetzwidrigen Handlungen **). Dieser

*) Grotius a. a. O. §. 7.

**) Beccaria §. 12. Corrodi von Bestrafung der Verbrechen in Plitts Repertorium Th. II. S. 143. Cäsar in den Zusätzen zu Valaze's Entwurfe zu einem allgemeinen Strafcoder S. 66. folg. Gmelin §. 23. Pufendorf a. a. O. §. 9. von Globig und Huster Abh. S. 50. Graf Soden Geist der teutsch. crim. Gesetz. Th. I. §. 38. Servin B. I. §. 1. 4. 6. Hufeland Lehrsätze des Naturrechts §. 243. Blackstone Abhand. über verschiedne Rechtsmaterien S. 107. Michaelis Vorrede zum VI. Th. d. m R. S. 12. folg. Renazzi L. II. C. III. §. 8. Malblanc de poenis ab effectibus defensionis naturalis etiam in statu naturali probe distinguendis §. 1. in opusc. ad jus crimin. spectant. S. 158. Filan-

ser Zweck wird erreicht, wenn man den Verbrecher für die Gesellschaft unschädlich macht, wenn man ihn ausser Stand zu schaden setzt, was auf physische und moralische Weise geschehen kann. Das erste dadurch, daß man ihm das Vermögen nach eigner Willkühr zu handeln benimmt, und ihn durch Aufhebung oder Einschränkung seiner Freyheit der unmittelbaren Aufsicht des Staats unterwirft. Das zweyte existirt, wenn zwar der Missethäter seine Freyheit zu handeln behält, aber mit einer solchen Strafe belegt wird, die durch Belehrung oder Schrecken ihn verleitet, sein Leben auf eine Art einzurichten, die den Gesetzen gemäßer ist *). Bey Andern wird die Abhaltung der Verbrechen dadurch begründet, wenn man sie durch Vollziehung der Strafen belehrt, daß sie von Verbrechen nicht nur keinen dauernden Vortheil zu gewarten haben, sondern daß auch noch das Uebel der Strafe ihnen auf dem Fusse nachfolget, wenn sie es wagen sollten, ein Gesetz zu überschreiten.

§. 46.

Mittel, den eben gedachten Zweck zu erreichen.

Der Verbrecher hat das Gesetz überschritten, dadurch ein böses Beyspiel gegeben und gezeigt, daß man wei-

langieri System der Gesetzg. B. IV. Kap. 27. S. 19. Feder über den menschl. Willen Th. III. §. 79. n. 3.

*) Grotius L. II. C. 20. §. 8. Andreae de justa delictor. et poenar. quantitate C. II. §. 2. 3. Stelzer Grundsatz d. peinl.

weitere Angriffe von ihm zu besorgen habe. Also er muß in einen Zustand versetzt werden, daß man nichts mehr von ihm zu befürchten hat. Dieß wird freylich am beßten erreicht, wenn man ihm seine Freyheit raubet, oder doch so einschränkt, daß er kein Verbrechen mehr begehen kann, wenn er auch wollte. Aber nicht allezeit ist man so glücklich, dieses Ziel zu erreichen; nicht allezeit ist man befugt, dem Missethäter die Freyheit zu entziehen, oder auf lange Zeit zu beschränken. Alsdann muß die Strafe so beschaffen seyn, daß er durch sie verleitet wird, nicht mehr zu sündigen, wenn er auch das physische Vermögen dazu behält. Dieß ist auf eine doppelte Art erreichbar. Die Strafe kann im Verbrecher die innere Ueberzeugung hervorbringen, daß seine That unerlaubt sey; kann solche Beweggründe enthalten, die das Gemüth desselben von bösen Lüsten ab- und auf den Weg der Tugend hinführen. Diese Belehrung kann aus zweckmäßigen Kirchenstrafen entstehen; kann durch Gefängnißstrafen bewirkt werden, wenn man damit Belehrung verbindet und dem Verbrecher Gelegenheit zum Nachdenken giebt. Das letzte kann auch dadurch erweckt werden, daß man gegen den Verbrecher Zeichen des Mißfallens und der Mißbilligung äußert, und dieser es empfindet *). Auch ein richterlicher Verweiß, eine zur Strafe aufgelegte Demüthi-

peinl. Rechts Kap. 8. §. 10. Wagnitz histor. Nachricht. u. Bemerk. über die merkwürd. Zuchthäuser in Teutschl. Th. I. S. 4.

*) Feder a. a. O. §. 75.

müthigung kann diese Wirkung haben. Gewöhnlich aber wirkt die Strafe Furcht, und verleitet den Verbrecher, von fernern Missethaten abzustehen, woran aber nicht innere Ueberzeugung sondern das Besorgniß Theil hat, man möchte mit dem Uebel der Strafe belegt werden.

§. 47.

Verhältniß dieser Mittel gegen einander.

Aber in welchem Maaße müssen diese verschiednen Strafen angewandt werden? wann muß man dem Verbrecher seine Freyheit im physischen Sinne entziehen? wann ihn belehren? wann schrecken? Im allgemeinen wird folgendes richtig seyn: I) Belehrung findet in allen jenen Fällen statt, wo Irrthum und falsche Religionsbegriffe eine unerlaubte That hervorbrachten. Ist die Unwissenheit ganz unsträflich, so läßt sich gar keine Strafe gedenken, sondern der Fehlende muß allein belehrt werden. Wenn aber eine Culpa mit unterläuft, dann ist mit der Belehrung noch eine Ungemächlichkeit als Strafe zu verbinden, welche in Gefängnisse, Hausarreste, Beschränkung der Kost u. s. w. bestehen kann. Dieß wird bey versuchtem Selbstmorde, bey Religionsverbrechen und überhaupt dann eintreten müssen, wenn irrige Grundsätze den Grund in sich enthalten, daß eine an sich unerlaubte That existirt. Da nun bey aller Culpa ein Irrthum zum Grunde liegt *), so wird bey culposen Handlungen der Regel nach eine belehrende Strafe zu erkennen seyn; nur

*) Man sehe dieses Werks ersten Theil §. 26. 27.

nur mit dem Beysatze, daß die Belehrung um so mehr mit Abschreckung verbunden seyn müsse, je grösser der Grad von Culpa ist. In Fällen dieser Art kömmt alles darauf an, daß dem Verbrecher die Pflichten des Menschen und Bürgers bekannt gemacht werden, damit in ihm richtige Kenntnisse entstehen, wie man seine Handlungen diesen gemäß einrichten müsse, und er dadurch zu der Ueberzeugung gelange, daß er unrechtmäßig gehandelt habe. Oft ist nebst dem auch körperliche Kur nöthig; Wenn nämlich durch Krankheit des Leibes eine verrückte Phantasie und einseitige Ideen entspringen, dann muß der Arzt den zerrütteten Körper in eine solche Lage setzen, daß die obern Seelenkräfte wieder zur vollkommnen Herrschaft gelangen. Dann erst, wenn das körperliche Uebel gehoben ist, wird Belehrung des Geistes möglich seyn. Wahnsinn, Melancholie, Traurigkeit, Ueberdurß des Lebens liefern die Beyspiele, welche hieher gehören. II) Wenn aber Bosheit die Existenz eines Verbrechens wirkte, dann ist Belehrung überflüßig. Denn wozu nützt es, denjenigen von der Unrechtmäßigkeit seiner That zu überzeugen, der diese Kenntniß schon zuvor hatte, dem sie aber nicht Abhaltungsgrund genug war? Hier muß also eigentliche Strafe eintreten. Vergeht sich Jemand an der Form der Gesellschaft, überschreitet er die Bedingungen, unter denen der Eintritt in dieselbe nur gestattet ist: so ist es meinem Ermessen nach genug, wenn er durch eine vorübergehende Strafe abgeschreckt wird, etwas dergleichen in Zukunft zu wagen. Da diese Thaten zu der mittlern oder geringern Classe von Verbrechen gehören,

so ist es der Regel nach nicht nöthig, die Freyheit der Verbrecher aufzuheben, oder auf lange Zeit zu beschränken; es ist nicht erfoderlich, den Verbrecher physisch ausser Stand zu schaden zu setzen. Es ist genug, wenn er von fernern Uebelthaten dadurch abgehalten wird, daß man durch eine vorübergehende Strafe die Furcht vor ähnlichen Uebeln in ihm rege macht, und ihn zwar nicht durch Ueberzeugung, doch durch Furcht von ähnlichen Vergehungen zurück hält. Eben diese Maasregeln sind zu ergreifen, wenn der Missethäter die natürlichen Rechte der Menschen in einem geringern Grade angegriffen hat. III) Dagegen sind schärfere Ahndungen nöthig, wenn die eben gedachten Grundrechte der Menschheit auf eine merkliche Art sind gekränkt worden, oder der Verbrecher gegen die Existenz des ganzen Staats etwas unternommen hat. In beyden Fällen tritt das Recht der Nothwehr in vollem Maaße ein, und muß der Missethäter seiner Freyheit so lange beraubet, und physisch außer Stand zu schaden gesetzt werden, bis gar nichts mehr von ihm zu besorgen ist. Ein Angriff auf die Existenz des Staats oder das Leben seiner Mitmenschen verdient der Regel nach ewige Entziehung der Freyheit. Denn von einem Menschen ist alles zu besorgen, der gegen die Existenz des Staats gewaltsame Anfälle unternahm, oder der durch Todschläge erwiesen hat, daß ihm das vorzüglichste Gut des Menschen, also auch alle dessen Rechte nicht heilig seyen. So lange er in seiner Freyheit bleibt, schweben seine Mitmenschen in beständiger Gefahr; das geringste ist also ewige Aufhebung seiner Freyheit, und wenn auch

diese

diese nicht genug sichert, kann Todesstrafe gerecht werden. Etwas gelindere Behandlung wird eintreten, wenn die Freyheit oder der Körper des Beschädigten auf eine merklich schädliche Art durch das Verbrechen gelitten hat. Dann ist eine längere Einschränkung der Freyheit zu erkennen, bis der Missethäter dnrch die Dauer der Strafe gebeugt, und der Gedanke zu Verbrechen ganz vertilgt ist. Bey Verbrechen gegen das Eigenthum ist nach ausgestandener Strafe die Freyheit des Bestraften so lange zu beschränken, bis er zeigen kann, daß er ein ordentliches Nahrungsgewerbe ergreifen werde, wodurch er die Furcht vertilgen kann, daß er ferner fremden Eigenthume gefährlich werde. Unter diesen Voraussetzungen kann man einigermaaßen annehmen, was verschiedene Schriftsteller *) sagen, bey Verbrechen müsse man zuerst auf Besserung, und wenn diese nicht möglich sey, auf Abschrekung sehen.

§. 48.

Kann Besserung allein betrachtet ein Hauptzweck der Strafe seyn?

Diese Betrachtungen erweisen, daß Besserung des Verbrechers allein betrachtet der einzige Zweck der Strafen

*) Servin S. 47. Blackstone S. 107. Andreae C. II. §. 3. Wenng de convenientia et disconvenientia juris naturalis et constitutionum imperialium de poenis criminalibus disponentium Altorf 1702. C. II. §. 5. Wagnitz hist. Nachr. von Zuchthäusern Th. I S. 4. Engelhard allgem. peinl. Recht §. 182.

sen nicht seyn könne, man mag darunter moralische Besserung, die aus Ueberzeugung entsteht, oder politische begreifen, welche letzte nur äusserliche Uebereinstimmung der Handlungen mit dem Gesetze voraussetzt, es mag nun Furcht der Strafe oder Trieb nach Tugend diese Wirkung begründen. Da die Strafen bloße Uebel enthalten, und meist keine innere Beweggründe an die Hand geben, so läßt sich durch sie keine moralische Besserung erwarten. Auch ist diese schwer von Verstellung zu unterscheiden; der Staat würde also oft betrogen werden, wenn er nichts als Besserung dieser Art zu seinem letzten Ziele machte. Jeder entdeckte Verbrecher würde Liebe zur Tugend heucheln, um entweder der Strafe ganz zu entgehen, oder sie doch abzukürzen. Ferner kann man moralische Besserung nicht anders gedenken, als wenn man die subjectiven Gedanken eines jeden Verbrechers so leitet, daß Abscheu vor Verbrechen und Liebe zu einem ordentlichen Leben in ihm herrschend werden. Man dürfte also keine Strafe im Allgemeinen bestimmen, sondern müßte jeden Verbrecher insbesondere studieren, um die Gründe zu finden, die ihn rühren könnten, und darnach das Verfahren einzurichten. Wie schwer und unmöglich aber dieses sey, sieht Jeder ohne Erinnerung leicht ein. Es kann Fälle geben, in denen moralische Besserung der Hauptzweck einer Strafe seyn kann, von denen oben die Rede war. Aber dieß sind nur Ausnahmen von der Regel. Sollte eine belehrende Strafe nöthig seyn, dann muß sie Beweggründe enthalten, die wirklich überzeugen können. Dann hat man die Hülfe

des

des Geistlichen oder überhaupt eines moralischen Menschen und Bürgers nöthig, der dem Verbrecher den Umfang seiner Pflichten bekannt machte. Moralische Uebungen dieser Art sind mit dem Uebel der Strafe zu verbinden. Oft bedient sich auch die Policey dieser Mittel, um einen Uebertreter der gesellschaftlichen Ordnung zu seiner Pflicht zurückzurufen. Politische Besserung ist allerdings der Zweck der Strafen. Durch sie soll der Verbrecher zum rechtlichen Menschen auch gegen seinen Willen umgeschaffen werden. Aber es ist oft nicht genug, den Missethäter durch bloße Furcht von Vergehungen abzuhalten. Oft erfordert es die Nothwendigkeit, demselben die Freyheit zu handeln, ganz zu entziehen, oder doch auf geraume Zeit zu beschränken, um ihn ganz unschädlich zu machen. Dieß trifft, wie oben gesagt ward, bey allen wichtigen Vergehungen gegen die natürlichen Rechte des Menschen ein, weil von einem Verletzer derselben zu befürchten ist, er möge, wenn er seine Freyheit behielte, die vorübergehende Strafe vergessen, und fernere Angriffe dieser Art wagen. Politische Besserung kann also eben so, wie moralische, in manchen Fällen hinlänglich seyn, um fernere Verbrechen zu verhüten *). Da aber eine wie die andere oft unzulänglich ist, so kann keine einen Hauptzweck ausmachen, sondern beyde sind allgemeine untergeordnete Mittel zum Endzwecke, der in der Abhaltung des Verbrechers und anderer von künftigen Missethaten besteht.

§. 49.

*) Wenng a. a. O.

§. 49.

In wieferne Abschreckung Anderer mit den Strafen könne verbunden werden.

Der Zweck der Strafen äussert sich also gegen den Verbrecher selbst und gegen die andern Mitglieder der Gesellschaft. Aber die erste Rücksicht dabey fällt auf jenen, und nur die zweyte accessorische auf diese. Vom Missethäter selbst ist man gewiß, daß er die Gesetze nicht achte, daß er seine Begierden höher schätze, als die natürlichen Rechte seiner Mitmenschen. Von andern fürchtet man nur, sie möchten dem bösen Beyspiele folgen; die Ursache der Vermuthung liegt in dem Reitze, welchen Verbrechen überhaupt haben, und darinn, daß diese Begierden durch das anschauliche Beyspiel des Verbrechers geweckt und rege gemacht worden ist. Im ersten Falle ist Gewisheit, im zweyten Furcht, das Ansehen der Gesetze möge leiden. In jenem kennt man die Art Gattung und Schwere des Verbrechens; kann man also die Wahl der Strafe mit Gewisheit darnach bestimmen; in diesem weiß man nicht, ob gerade diesem Vorgange andere nachfolgen werden, wie und auf welche Art dieses Beyspiel Andere verführen wird; also ist man auch nicht im Stande, einen Maasstab der Strafe mit Zuverlässigkeit anzunehmen. Den Missethäter kann man, wo nicht moralisch, doch physisch, vom Verbrechen abhalten; aber in Rücksicht Anderer kann dieß die Strafe nicht bewirken *). Die Abschreckung Anderer kann also der

Haupt-

*) Von Globig und Huster Abh. von der Crimin. Gesetzg. S. 55.

Hauptzweck der Strafe nicht seyn. Wollte man sie für die Hauptabsicht erklären, so dürfte man nicht auf die Bosheit des Verbrechers, nicht auf die Moralität dessen Handlung sehen, sondern man müßte jede That schwer und auffallend bestrafen, um desto mehr zu schrekken. Es würde aller Unterschied zwischen den Verbrechen aufhören, und wir kämen dann auf die einfachste Gesetzgebung von der Welt, jene des Draco nämlich, der alle Verbrechen mit dem Tode bestrafte *). Die grausamsten Strafen wären bey dieser Voraussetzung die besten und zweckmäßigsten. Und gleichwohl ist es gewiß ungerecht, daß der Verbrecher mehr leiden soll, als er verdient hat, daß er um anderer willen soll bestraft werden **). Wenn er auch schon ein böses Beyspiel stiftete, so gieng doch seine Absicht nicht dahin, andere zu verführen, sondern sein individueller Vorsatz war nur dahin gerichtet, das Vergnügen oder den Vortheil des Verbrechens zu erhaschen; der Umstand, daß andere dadurch gereitzt werden, ist keine nothwendige Folge seiner That, also kann auch deswegen die Strafe nicht merklich erhöht werden. Es ist kein Recht gedenkbar, einen Menschen wegen des allen-

*) Omnium delictorum una poena mors. Draconis lex IV. S. Pardulphi Prateji jurisprud. vetus in Ever. Ottonis Thesauro juris romani Tom. IV. p. 388.

**) Cäsar in den Zusätzen zu Valaze S. 68. Feder über den menschl. Willen Th. III. §. 75. 79. Püttmann de poenis exemplaribus in opusc. jur. crimin. S. 265. 270. Das Gegentheil, daß Abschreckung ein Hauptzweck der Strafe sey, behauptet Filangieri Band III. S. 518. Cremani L. I. P. II. C. 4. §. 8. 14.

allenfalls möglichen Verbrechens anderer zu bestrafen, ihn, der Zweck an sich selbst ist, als Mittel zu einem Zwecke zu gebrauchen, der außer ihm liegt *). Soviel aber muß sich der Verbrecher gefallen lassen, daß er öffentlich gestraft, daß seine Bestrafung mit solchen Anstalten verknüpfet wird, die einen heilsamen Schrecken hervorzubringen fähig sind **). Denn da er ein öffentliches Aergerniß verursachte, so kann er sich nicht beschweren, wenn man die Publicität und den Apparat der Strafe so einrichtet, das man den schlimmen Eindruck zu vertilgen sucht, welchen das Verbrechen gestiftet hat. Und wenn er auch seine That heimlich vollzog, so muß doch, obige Ausnahmen abgerechnet, eine öffentliche Strafe statt finden. Denn es würde ein grosser Reitz seyn, Verbrechen zu begehen, wenn der Grundsatz befolgt würde, daß nur öffentlich vollzogene Thaten bestrafet werden ***). Und daß dieß nicht lange verborgen bleibe, ergiebt sich aus dem Umstande, daß auch heimliche Thaten ans Tageslicht kommen. Die Abschreckung anderer hat also mehr Einfluß auf die Art die Strafe zu vollziehen, als die Gattung und Grösse derselben. Die Ahndung jeder That wird nach ihrer speciellen Schwere und Moralität bestimmt, und dann die Vollziehung der Strafe so eingerichtet, daß dadurch die Abschreckung Anderer bewirkt

*) Schaumann Ideen zu einer Criminalpsychologie S. 74.

**) Cäsar und Feder a. a. O.

***) Cremani a. a. O. §. 11.

wirkt wird *). Ferner hat auch die Absicht, andere zu schrecken, so viel Einfluß auf die Wahl der Strafen, daß man im allgemeinen ein solches Uebel droht, was vermögend ist, nicht nur einen oder den andern abzuschrecken, sondern von dem man diese Wirkung in Ansehung aller hoffen kann. Alle Strafsanctionen sind so einzurichten, daß sie das Publicum vor ähnlichen Unfällen warnen, und es zum Gehorsam gegen die Gesetze verleiten. Daraus folgt, daß der Gesetzgeber solche Uebel drohen kann, die im allgemeinen fähig sind, eine Abschreckung bey allen jenen zu wirken, bey denen der Gedanke eines Verbrechens entstehen könnte **). Er muß also gerade nicht darauf sehen, wie viel Uebels dazu erfodert werde, einen oder den andern abzuhalten, sondern er muß erwägen, wie groß das Uebel seyn müsse, um alle künftige Verbrecher, so viel es in menschlichen Kräften steht, von dieser Art Missethaten zurückzuhalten. Eine warnende oder abschreckende Strafe ist deswegen nicht ungerecht, weil allenfalls auch ein Verbrecher durch eine geringere könnte abgeschreckt werden. Bey Bestimmung allgemeiner Gesetze kann man nicht auf einzelne, sondern man muß auf das Ganze sehen. Dann also hat der Gesetzgeber seine Pflichten nicht überschritten, wenn er die Natur des Ver-

*) Hiemit stimmt auch im Grunde Schaumann überein, der zwar durchaus Abschreckung anderer nicht für einen Zweck der Strafen will gelten lassen, aber doch sagt, es sey gut, den Act der Bestrafung so einzurichten, daß andere sich Lehre und Warnung nehmen können.

**) Engelhard §. 181.

Verbrechens studirt und die Proportion gefunden hat, nach der jenes Strafübel zu bestimmen ist, wodurch man in die Zukunft diese Art Verbrechen ganz verhüten kann; wenn der Regent alsdann nach diesen Grundsätzen die Strafe festsetzt. Sollte auch bey einem oder dem andern Verbrechen ein geringeres Uebel hinlänglich seyn, ihn von fernern Vergehungen abzuhalten, so hat er doch durch seine That ein verführendes Beyspiel gegeben, und sich der gemeinen Regel unterworfen. Er muß also auch diese über sich ergehen lassen, wenn er nicht zeigen kann, daß solche Gründe vorhanden seyen, die eine Milderung der Strafe wirken müssen. Existiren diese nicht, so hat er eine That begangen, die der Gesetzgeber für so schädlich hielt, daß er sich genöthigt sah, ihr gerade dieses Uebel als Gegengewicht entgegen zu setzen. Also hat der Verbrecher wegen seiner eigenen Handlung die gesetzliche Strafe ganz verdient, und darf der Anwendung derselben nicht entgegen setzen, daß er blos andere zu schrecken so schwer gestraft werde. Einige wenige Fälle giebt es, wo die Abschreckung den Hauptzweck ausmacht. Dieß ist der Fall bey Strafen gegen Tode und Abwesende *). Aber auch hier ist es nöthig, die allgemeinen Grundsätze von Moralität menschlicher Handlungen nicht zu vernachläßigen. Auch hier muß das abschreckende Mittel nach der innern Strafbarkeit ermessen werden. — Von der Regel, daß alle Strafen zur Warnung anderer dienen müssen, sind jene auszunehmen, die blos zur moralischen Besserung dienen. Sie sollen dem Verbrecher Gründe zur

*) Wenng a. a. O.

zur Ueberzeugung an die Hand geben; also muß man auch blos auf diesen Menschen und seine subjective Empfänglichkeit Rücksicht nehmen. Warnende Strafen müssen Beweggründe für alle enthalten. Da nun was einen überzeugt, dem andern unbedeutend vorkommt, so ist eben deswegen nicht möglich, solche Strafmittel zur Warnung anderer einzurichten; besonders da auch ihre öffentliche Vollziehung nicht räthlich ist.

§. 50.

Ist der Ersatz des Schadens auch ein Zweck der Strafe?

Da Strafe und Schadensersatz zwey von einander abgesonderte Dinge sind, so kann der letzte der Zweck der ersten nicht seyn. Jene betrift das Wohl der ganzen Gesellschaft, dieser den Vortheil des Beschädigten. Die Vergütung des Schadens kann durch Privatverträge nachgelassen werden, was bey Strafen wegfällt. Man ersetzt den zugefügten Nachtheil, um die schädliche That so viel möglich ungeschehen zu machen; man straft um ähnliche Vergehungen zu verhüten. Ob aber schon die Entschädigung der Hauptzweck der Strafe nicht seyn kann, so ist doch jenes zu wiederholen, was oben gesagt ward, daß man Strafe und Schadensersatz so viel möglich mit einander verbinden müsse.

§. 51.

Geist der römischen Gesetzgebung über den Zweck der Strafen.

Wenn wir die positiven Gesetze über den Zweck der Strafen studiren, so entdecken wir eine grosse Verschiedenheit.

heit. Und dieß ist auch ganz natürlich, wenn man bedenkt, daß in diesem Puncte der Character des Volks einen entscheidenden Einfluß hat. Rohe Völker müssen durch Strafen geschreckt werden; bey gebildeten Nationen kann das Augenmerk schon mehr auf Besserung gerichtet seyn. Richten wir zuerst unsern Blick auf das römische Recht! Dieses gab der Privatrache in ältern Zeiten vollen Lauf, da es dem Hausvater die Bestrafung seiner Familie überließ. Die Verbrechen der Gattinnen, Kinder und Sclaven waren der häuslichen Gerichtsbarkeit unterworfen, ohne daß sich der Staat merklich darum bekümmerte, wie der Hausrichter seinem Amte vorstand. Aber nach und nach gieng die peinliche Gesetzgebung und deren Ausübung vollkommen an den Staat und dessen Regenten über. Die Ursachen davon lagen theils in dem Misbrauche der Privatrichter, theils in der Eifersucht der Landesherrn, die peinliche Gewalt in den Händen von Privatpersonen zu wissen, theils in derselben Bestreben, ihre Macht dadurch um so fester zu gründen. Aber eben der Uebergang der Strafgewalt an die Herrscher enthält auch den Grund in sich, warum man ihren Umfang erweiterte, und öffentliche Handlungen öffentlich bestrafte, die vorher nur mit einer Privatstrafe belegt waren. Daher kommen die delicta publica extraordinaria. Eben daraus muß man sich es auch erklären, warum die Strafen nun häufiger und strenger wurden, als sie es zur Zeit der Republic waren. Dieß war der Fall bei den Majestätverbrechen, die man ins Unendliche ausdehnte, dem Ebebruche, dem Wahrsagen, besonders wenn es den Tod des Kaisers betraf,

 dem

dem Falschschwören per genium principis und verschiednen andern, besondern Staatsverbrechen. Aus diesem ergiebt sich, daß die Hauptabsicht der römischen Gesetze dahin gieng, das Publicum zu schrecken, und den Verbrecher wegzuschaffen, damit er physisch außer Stand zu schaden gesetzt würde. Dieß erweisen nebst den angeführten noch folgende Puncte: 1) kommen häufige Todesstrafen vor, die zum Theil sehr schrecklich sind; z. B. Feuer, der Culeus gegen Vatermörder, Werfen vor die wilden Thiere u. s. w. *) 2) Werden Landesverweisung, Verbannung auf eine Insel, und Verurtheilung zum Bergbaue sehr oft angedrohet. 3) Strafen die Gesetze Roms auch den entfernten Versuch oft eben so wie die vollendete That **). 4) Wird eine That oft schwer bestrafet, wenn schon ihre innere Moralität diese Härte nicht verdient, blos quia res mali exempli est ***). 5) Werden Gehülfen wie die Hauptthäter gestraft, sollten sie auch dem Verbrecher erst nach der That behülflich gewesen seyn †). Auf Besserung überhaupt wird keine Rücksicht genommen. Zwar sagt L. 20. D. de poenis ††), die Strafen würden in emendatio-

*) Verschiedene grausame Todesstrafen, die zur Zeit der heydnischen Monarchie noch üblich waren, sind von den christlichen Kaisern abgeschaft worden, wie Matthaeus erzählt Comm. de crimin. L. 48. Tit. 18. C. I. n. 3.

**) Die Beweise hierüber befinden sich im I. Theile S. 65. u. 71.

***) L. 38. §. 5. D de poenis. L. 3. §. 2. D. ad L. Corn. de siar. L. 2. f. D. de term. moto.

†) Th. I. dieses Werks S. 299. 301. 303.

††) Si poena alicui irrogatur, receptum est commentitio jure, ne ad heredes transeat: cujus rei illa ratio videtur, quod poena con-

dationem hominum bestimmt, und die Schlußworte lassen schließen, daß dieß vom Verbrecher zu verstehen sey. Aber wenn das Wort emendatio von moralischer Abhaltung der Menschen von Verbrechen soll genommen werden, so stimmt dieß Gesetz wirklich nicht mit dem übrigen Strafsysteme überein, das so sehr alles darauf anlegt, um Schrecken zu verbreiten, und den Uebelthäter so bald als möglich wegzuschaffen, um sich auf die leichteste und geschwindeste Art gegen ihn zu sichern. Deutlicher geben diese Absicht andere römische Gesetze *) zu erkennen. Auch kann die Gesetzgebung Roms nicht von dem Vorwurfe der Habsucht frey gesprochen werden. Man darf nur die häufigen Confiscationen und Geldstrafen betrachten, die das römische Recht freygebig auf allen Blättern der Criminalgesetzgebung androht. Die Bereicherung des Fiscus scheint ein nicht vernachläßigter Nebenzweck gewesen zu seyn. In dieser Meinung wird man bestärkt, wenn man den geitzigen und habsüchtigen Character so vieler römischer Kaiser betrachtet, den uns die Geschichte zu wiederhohltenmalen aufstellt.

§. 52.

Mosaisches und canonisches Recht.

Auch das mosaische Recht hat Abschreckung zur Hauptabsicht. Davon kann sich Jeder leicht überzeugen, der

constituitur in emendationem hominum, quae mortuo eo, in quem constitui videtur desinit.

*) L. 6. §. 1. D. de poenis. L. 28. D. eodem. L. 1. C. ad L. Iul. repetund. L. 7. C. ad L. Fab. de plagiar. Nov. 30. C. 11.

der das fünfte Buch Mosis nur mit einiger Aufmerksamkeit durchlieset, und die häufigen zum Theile schweren Todstrafen erwägt die darin vorkommen. Auch geben einige Stellen nicht undeutlich zu erkennen, daß das Augenmerk der Gesetzgebung hauptsächlich auf Abschreckung des ganzen Volks gerichtet sey *). Ferner liegt das Hauptsystem des mosaischen Rechts in einer strengen Wiedervergeltung **). Diese kann aber nicht leicht einen andern Zweck als Abschreckung haben.

Viel gelindere Grundsätze stellt das canonische Recht auf. So wie das römische und mosaische Recht mehr gegen den Körper des Verbrechers gerichtet ist, und auf die Abschreckung anderer hinzielt: so giebt sich das canonische Recht mehr mit dem Verbrecher ab, und bedient sich solcher Mittel, die den Geist betreffen, und eine Besserung im eigentlichen Sinne zu bewirken fähig sind. Dieß erhellt aus der Art der Strafen, deren sich das canonische Gesetzbuch bedient. Die meisten Strafmittel, die darin vorkommen, sind verschiedne Gattungen von Censuren, Excommunicationen, Suspension, Interdict, Degradation, Geldstrafen zum beßten der Kirchen, Verstossung ins Kloster, Gefängniß und Bußübungen aller Art. Schon eine leichte Betrachtung dieser Strafmittel zeigt, daß sie größtentheils keine andere Wirkung haben sollen, als Besserung der Seele. Eines oder das andere davon kann auch dahin abzielen, den Verbrecher zu schrecken,

*) Deuteron. XVII. 12. 13. XIX. 20. XXI. 21.

**) Genes. IX. 6. Exod. XXI. 23. 24. Levit. XXIV. 19. 20. 21. Deuter. XIX. 19. 21.

cken, oder außer Stand zu schaden zu versetzen. Aber dieß scheint nach dem ganzen Geiste der canonischen Gesetze nur Nebenzweck zu seyn. Nimmt man den Grundsatz an, daß das canonische Recht moralische Besserung zur Hauptabsicht habe, so läßt sich daraus manches erklären, was keinen hinlänglichen Grund sonst zu haben scheint. Ohne diese Hypothese ist der ganze Maaßstab unrichtig, den dieß Gesetzbuch in Ansehung der Strafen aufstellt. Offenbar betrachtet es die unerlaubten Handlungen mehr aus dem Gesichtspuncte der Sünden, als der Verbrechen, sieht mehr auf den Verfall der Moralität unter den Menschen, als das Wohl des Staats. Den Grund erräth man leicht, wenn man die Person des Gesetzgebers, und dessen Verhältnisse zu jenen sich denkt, für welche die canonischen Gesetze bestimmt sind. Deswegen werden Verbrechen gegen die Religion und den Glauben durchgängig schwer bestraft. Das sonst sanfte canonische Recht brauset sehr auf, wenn eine Handlung gegen die Religion oder das Ansehen der Geistlichkeit zu bestrafen ist. Aus dem obgedachten Grunde werden fleischliche Verbrechen, Wucher u. a. m. schwer geahndet, und die geistlichen Gerichte suchen sich hierin Gerichsbarkeit beyzulegen. Deswegen wird auch der Reue und dem freywilligen Geständnisse so viele Wirkung beygelegt *); und auf geheime Verbrechen erfolget eine geringere Strafe, weil sie weniger Aergerniß stiften **).

*) Th. I. dieses Werkes §. 151, 154.

**) C. 4. X de tempor. ordin. C. un. de vot. et vot. redemt. in 6.

§. 53.

Teutsches Recht über den Zweck der Strafen.

Endlich entsteht die Frage: wie sich die Sache nach der teutschen Gesetzgebung verhalte? welche die Hauptabsicht sey, warum das teutsche Recht Strafen verordne? Die Geschichte unsers Vaterlandes belehrt uns, daß in den ältesten Zeiten nur jene Verbrechen öffentlich bestraft wurden, die die Sicherheit und den Hauptzweck der Gesellschaft unmittelbar angriffen *). Und deren Strafe war der Tod. Man suchte also den Verbrecher sobald als möglich wegzuschaffen, und andere zu schrecken. Alle andere Verbrechen waren der Privatrache überlassen. Diese ward beschränkt, da sich der Staat ins Mittel legte, und den Verbrecher dadurch mit dem Beschädigten zu versöhnen suchte, daß der erste einen Theil seines Vermögens dem Beschädigten hingab, und sich von der Privatrache loskaufte. In der Folge wurden mehrere Verbrechen von Staatswegen bestraft. Die Ahndungen betrafen größtentheils das Vermögen. Davon ist das salische Gesetz auf allen Seiten ein überzeugender Beweis; und mit ihm stimmen alle kurz zuvor und hernach entstandene Gesetze überein, wo die Geldstrafen meist auf das genaueste vorgezeichnet sind. Der Zweck dieser Gesetze und Strafen bestand darin, theils den Beschädigten schadlos zu stellen, theils dem Staate noch einen

nen

*) Majer historia juris germanici antiquiss. circa homicidium Ienae 1770. §. 6. 7.

nen Ueberschuß zu verschaffen. Ein anderer Grund, warum man nur am Vermögen strafte, lag in der Freyheit der Teutschen. Sie waren noch nicht gewöhnt, sich unter das Joch der Gesetze zu beugen, man konnte sie nicht dahin bringen, daß sie schwere Strafen über ihre Mitbrüder verhängen ließen; man mußte also die Strafe so gelinde als möglich einrichten; man verfiel also darauf, am Vermögen zu strafen, da dieses nicht so genau mit dem Verbrechen zusammenhängt, als dessen Körper, Freyheit und Ehre. Aber schon unter den Carolingern ward die Sache ernster, wurden die Teutschen in Ansehung der Verbrechen strenger behandelt. Die Kapitularien sind offenbar schärfer, sowohl deswegen, weil sie die Anzahl der Verbrechen vermehrten, als auch in der Rücksicht, daß sie die Strafen der Missethaten erhöhten. Diese Schärfe nahm immer zu, und hatte im Mittelalter einen besonders hohen Grad erreicht. Man denke sich die grausenvollen Todesstrafen des Feuers, des lebendigen Begräbnisses, des Siedens zu Tode, des Schmiedens auf Hirsche, des Räderns von unten u. a. m. Man stelle sich die grausamen Verstümmelungen vor, deren sich die Teutschen so allgemein und so häufig bedienten, daß kein Glied des Körpers dagegen sicher war. Dann wird man sich leicht überzeugen, daß die teutsche Gesetzgebung und Praxis blos auf Abschreckung zielte, und um andere Zwecke sich gar nicht bekümmerte. Nun war zwar die P. G. O. Karls V. gelinder, als die ältern Gesetze und Gewohnheiten des Mittelalters. Aber auch sie

hatte

hatte Abschreckung zur Hauptabsicht. Dieß erweiset 1) die häufige Anwendung der Todesstrafe, nicht nur gegen Landesverräther Art. 124. und Mörder Art. 130—137, sondern auch gegen Diebe Art. 159. 160. 162. Betrüger und Falsarien Art. 112. 113. Falschmünzer Art. 111. Gotteslästerer Art. 106. Zauberey Art. 109. Sodomie Art. 116. Entführung Art. 118. Nothzucht Art. 119. Ehebruch Art. 120. Brand Art. 125. Raub Art. 126. Aufruhr Art. 127. Landzwang Art. 128. 2) Die zum Theil grausamen Leibesstrafen, als Abhauung der Finger Art. 107. 108. Abschneidung der Ohren Art. 124. Ausstechung der Augen, Abhauung der Hand Art. 159. u. a. m. Diese Härte der teutschen Strafen erklärt sich leicht, wenn man den Character unserer Vorfahren untersucht. Im Mittelalter lebten sie in größter Verwirrung und Unsicherheit. Sie wurden dieses Zustandes überdrüßig, suchten sich so viel möglich gegen Gewalt und Verbrechen zu schützen, um Leben und Eigenthum in Sicherheit zu genießen. Da sie aber zu roh und unausgebildet waren, um Verbrechen auf die rechte Art zu verhüten, so glaubten sie die rechte Wirkung müsse durch grausame Strafen bewirket werden. Dadurch könnten sie sich auf die geschwindeste Art Sicherheit verschaffen. Nun wetteiferte man in der Anwendung strenger Bestraffungen, und daraus erklärt sich das Strafsystem des Mittelalters und zum Theil auch der Caroline.

§. 54.

§. 54.

Teutsche Praxis hierüber.

Die Criminalpraxis wich nun wieder in manchen Puncten von der Caroline ab, und milderte deren Härte in verschiednen Fällen, wovon man sich aus jedem neuern Compendium überzeugen kann. Im vorigen Jahrhunderte schienen Todstrafe und Landesverweisung ein Uebergewicht vor andern Strafen behauptet zu haben. Man wollte sich so geschwind als möglich von einem Verbrechen entledigen, und sich vor ihm sichern. War es vordem Abschreckung, die man durch Strafen zu bewirken suchte, so gesellte sich dazu noch der Grundsatz, daß man den Verbrecher auf physische Art unfähig machen müsse zu schaden; und dieser Zweck scheint der erste, Abschreckung der zweyte geworden zu seyn. Freylich lag viel Egoismus in dieser Verfassung der peinlichen Gerichtsbarkeit. Man glaubte genug gethan zu haben, wenn man den Verbrecher nur geschwind hinrichtete, oder ihn aus dem Lande vertrieb, und ihm den weitern Eintritt unter den schwersten Strafen verbot. Darüber war man ganz unbekümmert, was aus dem Verbrecher werden würde, ob man den andern Staaten einen gefährlichen Menschen zuschickte, oder nicht. Endlich aber sah man den grossen Schaden der Landesverweisungen ein, man überzeugte sich, daß man dadurch einem Bösewichte volle Gewalt gab, Unschuldige zu beschädigen, daß man einen Menschen aus seiner Nahrungsquelle herausriß, und zum nothwendigen Verbrecher machte. Nun verfiel man

auf

auf den Gedanken die Missethäter einzusperren, und mit Arbeit zu beschäftigen. Daraus entstanden Zucht- und Arbeitshäuser, die an die Stelle der Landesverweisung traten, und eben so häufig als diese angewandt wurden, deren Gebrauch immer mehr in eben dem Grade steigt, als die Todesstrafe und Verstümmelung des Leibes abnimmt. An andern Orten ist man auf öffentliche Arbeiten in strengem Sinne verfallen. Da aber diese Anstalten mit zu vielen Kosten verbunden sind, und strengere Aufsicht erfodern; so hat man es in den meisten Landen bey der Errichtung der Zuchthäuser bewenden lassen. Ob es nun gleich richtig ist, daß Zuchthausstrafen sehr nützlich seyn können, wovon an einem andern Orte mehr vorkommen wird; so hat doch die häufige Verdammung in dieselbe den Nachtheil, 1) daß die Proportion der Verbrechen und Strafen, wie auch der Unterschied der ersten unter einander gehoben wird; 2) daß man den Zweck der Strafen nun ganz allein darin setzt, den Verbrecher physisch zu zwingen, daß er nicht mehr schade; und die Abschreckung die doch ein so wichtiger Punct ist, ganz aus den Augen verlohren wird. 3) Daß die moralische Besserung nicht nur nicht in Betracht gezogen, sondern der Züchtling gewöhnlich noch mehr verschlimmert wird, da man für die zweckmäßige Einrichtung der Zuchthäuser bisher so wenig gethan hat. Durch Strafen dieser Art wird also wenige oder keine Abschreckung des grössern Publicums bewirkt, da weniger Publicität dabey seyn kann, als bey andern Strafen. Der Staat wird

gegen den Verbrecher so lange gesichert, als er im Zuchthause sich befindet. Kann nun dies nicht auf ewig erkannt werden, so tritt der entlassene Züchtling meist ohne Geld und Credit in die Welt zurück; aber er hat sich nun durch das böse Beyspiel und die Belehrung seiner Cammeraden neue Kunstgriffe erworben. Daher die häufigen Klagen, daß Verbrecher eben so bald ihre vorige Laufbahn wieder betreten, als sie das Zuchthaus verlassen. Mehr davon an einem andern Orte: hieher gehörte nur die Untersuchung des Einflusses, den die Strafe der Zucht- und Arbeitshäuser auf den Zweck der Strafen überhaupt behauptet.

Fünftes Kapitel.

Von jenen Gründen, welche die Veränderung Erhöhung oder Verminderung einer Strafe erfodern.

§. 55.

Bedingungen, um die ordentliche Strafe anzuwenden.

Wenn das Gesetz auf eine Gattung von Handlungen eine Strafe bestimmt, so muß man, um sie anwenden zu können, voraussetzen, daß nicht nur derjenige Vorsatz ganz vorhanden sey, welcher dieser Art von Missethaten gewöhnlich ist, sondern auch daß das Verbrechen ganz existirt, das ist, daß derjenige Schaden ganz vorhanden ist, den diese Art von Handlungen nicht einzelnen allein, son-

sondern der ganzen Gesellschaft zufügt. Die Gesetze strafen z. B. vorsetzlichen Mord mit dem Tode; soll aber diese Strafe statt finden, so muß nicht nur der gewöhnlich höchste Dolus, oder die Absicht Jemanden das Leben zu rauben da seyn; sondern dieser bösliche Vorsatz muß sich auch in der That gezeigt, muß jene Handlung hervorgebracht haben, welche die Gesetze unmittelbar und zunächst mit der vollen Strafe belegen, oder hier muß die That des Mörders den nothwendigen Grund in sich enthalten, warum ein Mensch sein Leben verloren hat. Fehlt es bey einem Verbrechen an dem vollen Vorsatze, so ist dasselbe aus innern Gründen nicht vollkommen zuzurechnen; also ist ein Hinderniß da, die volle Strafe anzuwenden, weil eine That nicht vollkommen kann bestraft werden, wenn keine vollständige Zurechnung statt findet. Daher culpose Verbrechen die volle Strafe nicht verdienen. Existirt bey vollem Dolus die äußerliche Handlung nicht ganz, so ist der Fall nicht da, den das Gesetz sich denkt, fällt also in dieser Rücksicht dessen Anwendung weg. Wie kann die Strafe des Todschlags Platz greifen, wenn Niemand sein Leben durch unrechtmäßige That seines Mitmenschen verlor? In Ansehung dieses Puncts muß der physische und moralische Schaden des Verbrechens als Beweismittel in Betracht kommen. Wenn die Strafe zu stimmen ist, dann ist freylich der Privatschaden einzelner der Maasstab nicht; aber wenn diese Bestimmung schon geschehen ist, und die Frage von des Gesetzes Anwendung entsteht; dann ist zu untersuchen: erstens ob der Schaden ganz existirt, den diese Art Handlungen gewöhnlich stiftet,

und das Gesetz zur vollkommnen Vollziehung der Strafe voraussetzt; zweytens ob auch jener Hauptumstand vollkommen vorhanden sey, der den Gesetzgeber bewog, diese Strafe zu wählen. Gewöhnlich ist die Gefahr der ganzen Gesellschaft, der Angriff, den der Verbrecher gegen das Ganze unternimmt, derjenige Umstand, welcher den Maasstab der Strafe an die Hand giebt. Alsdann muß in jedem Falle der Richter untersuchen, ob die Voraussetzung des Gesetzgebers vollkommen eintritt; und wenn dieses ist, so kann und muß volle Anwendung des Gesetzes statt finden. Bey dem Hochverrathe z. B. sieht der Gesetzgeber auf die Gefahr, in welche die ganze Existenz des Staats gerathen kann; je entfernter also diese Gefahr ist, desto weniger kann die gesetzliche Strafe eintreten. Bey dem Brande nimmt das Gesetz Rücksicht auf die Gefahr, die aus der leichten Verbreitung des Feuers für eine ganze Stadt und Gemeinde zu besorgen ist. Jemehr also in einem Falle diese Furcht wegfällt, um so mehr muß auch die Strafe abnehmen. Manchesmal — aber dieß ist nur Ausnahme von der Regel — zieht der Gesetzgeber das Unrecht und den Nachtheil in Betracht, welcher den Beschädigten betroffen hat. Alsdann muß das gewöhnliche Unrecht, der gewöhnliche Schaden existiren, und diese beyde Puncte sind zugleich der Beweis der Existenz des Verbrechens und der Maßstab dessen Bestrafung.

§. 56.

Strafe des Versuches.

Diese Betrachtungen erweisen, daß alsdann an die Anwendung der gesetzlichen Regel nicht zu denken sey,

wenn die That des Verbrechers sich nicht vollkommen äußerlich zeigte, sondern er blos bey dem Versuche stehen blieb, oder bleiben mußte *). Der Versuch verdient die gesetzliche Strafe nicht. Aber welche? Zuerst kommt es auf dessen nahe oder entfernte Verbindung mit der Hauptthat an. Der nächste Versuch verdient der Regel nach zwey Drittheile, der mittlere ein Drittheil, der entfernte den sechsten Theil der ordentlichen Strafe. Diese Grade nehme ich aber nur dann an, wenn 1) der Versuch gegen den Willen des Urhebers unvollendet blieb, 2) wenn er eine an und für sich gleichgültige Handlung und nur deswegen strafbar ist, weil dadurch der Weg zu einem Verbrechen sollte gebahnt werden. Ich würde also obgedachte Strafen um einen Grad schärfen, wenn der Versuch in einer für sich gesetzwidrigen That besteht: dagegen würde ich sie um einen Grad mildern, wenn in der Reue des Handelnden der Grund liegt, warum seine That unvollendet blieb. Ist der Versuch ein für sich bestehendes Verbrechen, so wird dessen volle Strafe angewandt, und durch eine Schärfung vermehrt, weil man sich durch eine Missethat die Gelegenheit zur zweyten verschaffen wollte. Der Mord wird also schwerer als gewöhnlich bestraft, wenn er des Raubes wegen unternommen, der letzte aber nicht vollzogen ward. Der Grad der hier eintretenden Schärfung bestimmt sich darnach, ob das selbstständige Verbrechen naher oder entfernter Versuch eines andern war. Endlich hat es bey der Verfügung des Gesetzes sein Bewen-

*) Die Beweise finden sich im I. Theile §. 39.

wenden, wenn dasselbe eine Handlung deswegen mit einer Strafe belegt, weil sie Versuch einer Missethat ist *). Dann muß natürlicherweise das Gesetz volle Anwendung finden, wenn jene That vollkommen existirt, die als Versuch eines Verbrechens bestrafet wird.

Um aber alle diese Grundsätze anwenden zu können, wird als eine Hauptbedingung vorausgesetzt, daß die Handlung vollkommen erwiesen sey, wenn die vollständige Strafe eintreten soll. So lange der Richter nicht juristisch gewiß ist, daß ein Gesetz überschritten ward, kann auch die Ausübung der Strafgewalt Niemanden vollkommen treffen, da man bey dem Mangel des vollen Beweises Niemanden als Verbrecher erklären kann. Man würde sich einer Ungerechtigkeit schuldig machen, wenn man den Verdächtigen eben so bestrafen wollte, als wenn er überwiesen wäre. Die Gefahr der Unschuld ist hier zu groß, als daß dies Verfahren könnte entschuldigt werden. Ob aber und wieferne der Richter bey unvollkommnen Beweise strafen dürfe, gehört nicht hieher; es ist genug für gegenwärtige Lehre gezeigt zu haben, daß der Abgang des vollen Beweises die Vollziehung der ordentlichen Strafe verhindere. In den bisher genannten Fällen, wenn entweder der Vorsatz, oder die Vollendung oder der Beweis mangelt, kann also nicht an die Vollziehung der ordentlichen Strafe gedacht werden, da der Fall des Gesetzes nicht vorhanden ist. Also kann von einer Milderung der Strafe keine Frage seyn, da bey dieser vorausgesetzt

 wird,

*) Beyspiele siehe im I. Th. §. 37.

wird, daß der gesetzliche Fall, jedoch mit veränderten Umständen, existirt *).

§. 57.

Allgemeine Bestimmung der Milderungsgründe.

Wenn nun derjenige Fall vollkommen vorhanden ist, den das Gesetz sich bey Bestimmung der Strafe denkt, so ist eine doppelte Lage möglich. Dann nämlich muß die ordentliche Strafe statt finden, wenn alle Bestimmungen und Bestandtheile des Verbrechens erwiesen sind, und an dem Daseyn des Hauptumstandes, der den Maasstab der Strafe liefert, kein Zweifel obwaltet. Denn unter dieser Voraussetzung sind alle Bedingungen da, welche das Gesetz zu Erkennung der Strafe erfoderte, also kann man über die Vollziehung derselben sich nicht bedenken. Anders aber verhält sich die Sache, wenn zwar der Gegenstand des Gesetzes, das Verbrechen nämlich, erwiesen ist, aber die Bedingungen und Umstände abgehen, welche zur Anwendung der Regel unumgänglich nöthig sind. Dann muß die Strafe sinken. Dieß trägt sich im allgemeinen in zwey Fällen zu: erstens wenn die innere Zurechnung der Verbrechen fällt, zweytens wenn zwar die innere Strafbarkeit vollkommen da ist, aber ein Punct den Hauptumstand schwächt, der das Hauptaugenmerk des Gesetzgebers die erste Rücksicht desselben gewesen ist, da er die Strafe bestimmte **).

Er-

*) Heisler de justis poenam mitigandi causis §. 17. 18. 19.

**) Grotius theilt die Milderungsgründe in extrinsecas und intrinsecas L. II. C. 20. §. 25. 26. Auch Renazzi L. II. C. 5. §. 3.

Erster Abschnitt.

Gründe, welche die innere Zurechnung einer Handlung herabstimmen, und theils eine Verminderung theils Veränderung einer Strafe wirken.

§. 58.

Verminderte Zurechnung wirkt geringere Strafe.

Es ist im ersten Theile erwiesen und mit vielen Gründen belegt worden, daß in vielen Fällen unvollkommne Zurechnung einer gesetzwidrigen That statt finde. Und eben diese Schwächung der innern Moralität muß auf den Grad der äussern Strafbarkeit Einfluß haben. Aber worin liegt der Zusammenhang zwischen geringerer Zurechnung und gelinderer Ahndung? Wenn das Gesetz ein Verbrechen straft, so setzt es nebst andern vollkommnen Dolus voraus. Denn die Drohung wird nur gegen jenen wirksam, der das Ansehen der Gesetze verachtet, vielmehr durch Ueberschreitung derselben der gesellschaftlichen Ordnung trotzt. Je grösser dieser Trotz ist, um so schwerer muß auch die Strafe seyn. Setzt nun der Wille des Regenten eine Strafe fest, so denkt er sich die gewöhnlichen Fälle der That, gegen welche die Drohung ergeht, er denkt sich den Dolus, der bey dieser Art Handlungen gewöhnlich eintritt, oder den möglich höchsten Vorsatz, der dieser Gattung von Verbrechen eigen ist. Fehlt es am Daseyn des vollen Dolus, dann geht die Bedingung ab, unter welcher das Gesetz die Vollziehung der ordentlichen

lichen Strafe gestattete. Zudem ist derjenige für die Sicherheit der Gesellschaft nicht so gefährlich, dessen That nicht voll kann zugerechnet werden. Da nun die Gefahr für den ganzen Staat den gewöhnlichen Maasstab der Strafe an die Hand giebt, hier aber dieselbe in einem verminderten Grade erscheint, und der Angriff gegen die gesetzliche Ordnung geringer ist, so kann auch die gesetzliche Regel nicht eintreten *). Aus diesen Gründen müssen alle Umstände in Betracht kommen, von denen im ersten Theile gesagt ward, daß sie die Zurechnung und innere Strafbarkeit einer Handlung vermindern, wozu hier noch einige Zusätze nöthig sind, um zu zeigen, wie verschiedne dieser Puncte auf die Art der Strafe Einfluß haben, denn ihre Wirkung in Ansehung der Grösse derselben ist im ersten Theile erörtert worden.

§. 59.

*) Anderer Meinung ist Klein welcher in den vermischten Abhandlungen über Gegenstände der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit St. 11. S. 54. sagt: Nicht immer könnten Strafen mit der innern Zurechnung böser Handlungen im Gleichgewichte stehen, da die innern Grade von Bosheit schwer zu bestimmen seyn; sondern die Kraft der Bosheit müsse aus dem Schaden ermessen nnd danach die Strafe bestimmt werden. — Allein da nicht jeder Schaden in der Absicht seines Urhebers liegt; da zwischen vorsetzlichen culposen und zufälligen Schaden ein Unterschied seyn muß, was Klein selbst anerkennt, so kann der Nachtheil nicht erweisen was im Innern des Verbrechers vorgehe, was in dessen Absicht lag, so muß doch bey jedem Schaden gefragt werden, war er vorsetzlich, und in welchem Grade? so muß der Trotz untersucht werden, den der Verbrecher dadurch den Gesetzen und der gesellschaftlichen Ordnung zufügen wollte, und so kommen wir wieder auf die Prüfung innerer Zurechnung.

§. 59.

Aeussere Modificationen der Strafe nach der natürlichen Beschaffenheit der Person des Verbrechers.

Die Jugend ist in vielen Fällen ein Grund, weßwegen die Strafe bald ganz bald größtentheils wegfällt. (Th. I. §. 80—88.) Sie hat aber auch Einfluß auf die Art der Strafe. Obschon nämlich Kinder nicht eigentlich gestraft werden können, wenn sie eine sonst verbotene That begehen, so ist es doch räthlich, sie deshalb zu züchtigen *). Das Andenken an diese erlittenen Schmerzen verbindet sich dann mit dem Gedanken zu dieser oder jener That, schwächt also diesen Trieb oft auf das kräftigste. Diese Züchtigung ist aber keine Strafe im eigentlichen Sinne, wird nicht vom Richter öffentlich auferlegt, sondern den Aeltern, Anverwandten, Vormündern überlassen *). — Unmündige werden wegen Verbrechen bald mehr bald weniger gestraft (Th. I. §. 82. 83.) Aber es ist nicht räthtlich, sie mit einer Strafe zu belegen, die sie auf beständig auszeichnet, auf immer ihre Ehre raubt. Da sie noch lange zu leben haben, so können sie dem Staate noch nützlich werden, wenn man sie durch eine zweckmäßige Strafe bessert, oder abschreckt. Hingegen die Entziehung der bürgerlichen Ehre lähmt ihre Thätigkeit, macht ihnen ihr ganzes langes Leben lästig, und

 treibt

*) Wieland Geist der peinlichen Gesetze Th. I. §. 272. Servin über die peinliche Gesetzg. S. 124.

**) L. un. C. de emendat. propinq. Böhmer art. 164.

treibt sie leicht zur Verzweifelung. Viel zweckmäßiger wäre hier eine körperliche Züchtigung *), deren Andenken dem Bestraften immer gegenwärtig wäre, und den Trieb zu fernern Missethaten kräftig zurückschreckte. Sehr oft ist mit der Bestrafung junger Verbrecher Belehrung zu verbinden. Sie fehlen oft aus Uebereilung, oft aus Mangel hinlänglicher Kenntniß. Hier ist die Strafe so einzurichten, daß der Verbrecher die Schwere seiner Handlung einsehen lerne, und für die Zukunft vorsichtiger werde. Auch zu diesem Zwecke möchten körperliche nicht entehrende Züchtigungen, wie auch Gefängniß sehr dienlich seyn, wenn damit Belehrung durch solche Personen verbunden wird, die der Richter zu diesem Zwecke tauglich erachtet.

Das hohe Alter begründet oft eine verminderte innere Strafbarkeit: (Th. I. §. 89. 90.) ist aber auch manchesmal Ursache, weswegen die Strafe herabgestimmt werden muß, nicht als wenn ein Milderungsgrund vorhanden wäre, und deswegen die Ahndung gemildert würde: sondern weil die leichtere Strafe den schwachen alten Körper eben so hart trift, als das grössere Uebel die stärkern Kräfte des Mannes oder Jünglings. Dieß tritt besonders bey Strafen ein, die auf den Körper wirken. Schwere Arbeiten, scharfe Züchtigungen würden in eine langsame Todesstrafe ausarten, wenn man einen Alten damit beladen wollte. Hier ist also Mäßigung nöthig, damit

*) Servin a. a. O.

mit die Strafe nicht schärfer werde, als das Gesetz will *). Eben so ist auch derselben Dauer bey Alten abzukürzen. Wenn ein Verbrecher von 70 - 80 Jahren mit einer Strafe auf 10 - 15 Jahre belegt wird, so ist dieß offenbar viel schwerer, als wenn man diese Dauer des Strafübels gegen einen Mann von mittlern Alter bestimmt. Folglich auch hier ist nach den Jahren ein Verhältniß zwischen alten und jungen Missethätern herzustellen **). Endlich ist es keineswegs zu rathen, eine sehr beschimpfende Strafe gegen alte Verbrecher zu erkennen ***). Der Verlust der bürgerlichen Ehre ist zwar bey ihnen geringer, da ihr Leben nunmehr nicht lange mehr dauert, aber man sollte sie doch nicht dem öffentlichen Spotte, nicht der Beschimpfung des Pöbels Preis geben. Es ist dem Staate daran gelegen, daß das Alter geehrt werde, da diese Ehrfurcht ein grosses Beförderungsmittel der Sicherheit ist. Dieser Vortheil geht aber verloren, wenn das Gesetz selbst dasselbe dem Muthwillen des Publicums aussetzt. Der Gesetzgeber und Richter schone also auch im Verbrecher das Alter, und wähle eine Ahndung die der Achtung nicht zu nahe tritt, welche das Alter verdient.

Das Geschlecht hat auf die Art der Strafe insofern Einfluß, daß dabey die Rücksicht zu nehmen ist, daß die Schamhaftigkeit nicht verletzt wird. „Ich bitte niemals

*) Quistorp §. 107.

**) Aus diesem Gesichtspuncte ist die L. 2. D. de termino moto zu erklären.

***) Servin S. 122.

zu vergessen, sagt Servin *) sehr schön, daß der wahre Gesetzgeber ein Vater ist, der zur nämlichen Zeit, da er züchtigt, auch unterrichtet, der immer Lehren und heilsame Beyspiele einander gegenüberstellt. Die grosse Ehrfurcht, die das Gesetz für das andere Geschlecht hat, wird am Ende Nationalempfindung; das weibliche Geschlecht nimmt sie selbst an, sie wird die Basis seiner Erziehung und der vorzüglichste Beweggrund seiner Aufführung. Man zähle nun, wenn man kann, alle die kostbaren Vortheile, die daraus für das Vaterland entspringen." Dieser Gründe wegen werden Weibspersonen mit dem Strange verschont, diese und jede andere Strafe, die auf die Schamhaftigkeit nachtheiligen Einfluß hat, in ein gleiches Uebel verwandelt. Wenn der Abgang der Sinne alle Zurechnung aufhebt, (Th. I. §. 95.) so ist zwar keine Strafe gedenkbar, aber ein solcher Mensch muß beständiger strenger Aufsicht unterworfen werden, damit er nicht ferner schaden könne. Dieß ist entweder dadurch zu bewirken, daß man ihn einer öffentlichen Anstalt unterwirft, es mag dieses ein Arbeitshaus oder Spital oder etwas dergleichen seyn. Oder der nämliche Zweck läßt sich wiewohl mit minderer Sicherheit erreichen, daß man ihm einen Aufseher von Staatswegen setzt, oder ihn der Aufsicht der Verwandten übergiebt. Sollte aber der Abgang der nöthigen Sinne die Zurechnung nur vermindern, (Th. I. §. 96.) so muß hier allerdings Strafe eintreten. Auch dann ist Einsperrung auf unbestimmte Zeit ein nützliches

*) S. 123.

liches Mittel, sich gegen Menschen dieser Art zu sichern. Aber nun ist sie nicht Mittel zur Sicherheit allein, sondern auch Strafe. Daher ist sie mit Arbeit und Ungemächlichkeit zu verbinden, darf sie nicht aufhören, wenn auch die Taub- und Stumheit gehoben wird, oder die Nothwendigkeit sich gegen diesen Menschen zu sichern wegfällt. Dagegen wenn die Beraubung der Freyheit Mittel der Sicherheit allein ist, so muß sie so gelind als möglich seyn, und nach gehobnem Zwecke wegfallen. Eben dieß wird unter denselben Bestimmungen von Kranken und Nachtwandlern zu behaupten seyn. Auch bey solchen ist Entziehung der Freyheit entweder als Strafe, oder als Mittel zur Sicherheit, oder als beydes zugleich zweckmäßig. Aus diesen Gründen muß der Kranke so lange bewacht werden, bis seine Krankheit gehoben und nichts mehr von ihm zu fürchten ist *).

§. 60.

Behandlung wahnsinniger Verbrecher.

Daß der Wahnsinnige kein Verbrechen begehen, nicht gestraft werden könne, ist keinem Zweifel unterworfen. (Th. I. §. 104. Etwas mehrerem Anstande ist die Frage unterworfen, ob eine Strafe dann statt finde, wenn der Verbrecher bey gutem Verstande seine That voll-

*) Viele Fälle dieser Art kommen in Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten vor, die auf die genannte Art sind behandelt worden.

vollzog, und dann in Wahnsinn verfiel? Tauber *) hält die bejahende Meinung für richtiger, da jener keine Entschuldigung habe der mit gesunder Vernunft ein Verbrechen begieng, der nachherige Wahnsinn keine Aenderung machen könne, und dieser nach den Gesetzen nur dann mildere, wenn er zur Zeit der begangnen That vorhanden gewesen sey. Diese Meinung würde ohne Anstand anzunehmen seyn, wenn Abschreckung des Publicums der erste Zweck der Strafen wäre. Da aber bey demselben die erste Rücksicht auf den Verbrecher zu nehmen ist, der Wahnsinnige weder gebessert noch geschreckt werden kann; auch die Bestrafung eines solchen Unglücklichen einen widrigen Eindruck bey dem Publicum machen, eher Mitleiden, als eine andere Empfindung erregen würde; so halte ich dafür, daß in einer solchen Lage alle Strafe wegfallen müsse **). Dann aber halte ich eine Ahndung für zuläßig, wenn eine That bey vollem Gebrauche der höhern Seelenkräfte verübt ward, ihr Urheber zwar den Gebrauch der Vernunft verlor, aber lichte Zwischenräume dilucida intervalla hat. In einem solchen Zeitpuncte findet zwar allerdings eine Strafe statt; nur ist dabey alle Vorsicht zu brauchen, daß nicht durch die Vollziehung derselben der Wahnsinn zurück gerufen werde. Dieß ist vorzüglich bey Zufügung körperlicher Schmerzen zu befürchten, die also zu vermindern sind. Noch mehrerem Zweifel ist die

Frage

*) De jure circa furiosos obtinente Altorf. 1703. §. 31.

**) Diese Meinnng hält Tauber selbst für practischer a. a. O. §. 32.

Frage unterworfen, ob nicht zum wenigsten eine Geldstrafe gegen den Wahnsinnigen eintreten könne. Dieß bejahen zwar einige Schriftsteller *), wenn die That im Zustande der Vernunft begangen ward. Aber auch hier treten die oben vorgekommnen Gründe ein, die alle Strafe gegen einen Wahnsinnigen verbieten. Und es ist keine vollgültige Ursache da, in Ansehung der Geldbußen eine Ausnahme zu machen. Der Richter würde sich vom Vorwurfe eines Eigennutzes nicht befreyen, wenn er unter diesem Vorwande sich des Vermögens eines Wahnsinnigen bemächtigen wollte. Hat der Wahnsinnige eine andere Strafe verwirkt, als eine Geldbuße, so ist eine Verwandlung jener in diese nicht gedenkbar, da überhaupt alle Veränderung gesetzlicher Strafen nicht erlaubt ist, sondern das Gesetz pünctlich muß angewandt werden. Dagegen wenn der Wahnsinnige bey voller Vernunft eine That begieng, wogegen eine Geldbuße gesetzt ist; so ist zur Zeit der That zwar im allgemeinen die Verbindlichkeit eine Strafe zu leiden da; aber die bestimmte Pflicht entsteht erst von dem Zeitpuncte, wo das Urtheil gesprochen wird. Der Verbrecher ist gehalten, sich dem Urtheile des Richters zu unterwerfen, und die Strafe zu leiden, die dieser ihm auflegen wird. Daß vor dem Urtheile keine bestimmte Ver-

*) Stryck de dementia et melancholia C. III. §. 6. Fachinaeus Controv. jur. L. IX. C. 3. Farinacius qu. 94. Theodoricus colleg. crimin. C. 10. aph. 4. Lit. h. n. 30. Das Gegentheil behaupten Gomez variar. resolut. Tom. III. C. 1. n. 70. Wieland §. 282. Matthaeus de crimin. proleg. C. 2. n. 7.

Verbindlichkeit zur Strafe vorhanden sey, erweisen alle die Gründe, mit denen oben dargethan wurde, daß Geldstrafen nicht auf Erben übergehen, wenn nicht der Verbrecher bey seinem Leben durch einen Spruch des Richters verurtheilt ward. Wenden wir dieß auf gegenwärtige Untersuchung an, so ergiebt sich, daß derjenige sich zwar einer Strafe unterwirft, der bey gesundem Verstande ein Verbrechen begeht, aber wenn er in Wahnsinn verfällt, so fallen bey ihm alle Zwecke weg, die eine Strafe immer haben kann. Also ist es nunmehr nicht möglich, daß der Richter gegen ihn ein Urtheil erließe; die unbestimmte Verbindlichkeit, eine Strafe zu leiden, die zur Zeit der Begehung des Verbrechens da war, kann nun nicht mehr genau bestimmt werden. Diesen Behauptungen steht L. 1. pr. D. de poenis *) nicht entgegen. Denn das Gesetz nimmt an, daß ein Verbrecher wirklich könne gestraft werden, und dann, sagt es, soll die Strafe nach dem Zeitpunkte der begangnen That bestimmt, soll nicht auf die veränderten Umstände gesehen werden, die sich nachher ergeben. Da nun der Wahnsinnige gar nicht kann gestraft werden, so ist auch die Anwendung des Gesetzes bey ihm nicht zuläßig.

§. 61.

Verfahren gegen andere Verbrecher, bey denen keine volle Zurechnung statt findet.

Trunkenheit und Leidenschaft haben keinen Einfluß auf die Art der Strafe, sondern nur auf ihre Grösse. Nur

*) Quoties de delicto quaeritur, placuit non eam poenam subire quem debere, quam conditio ejus admittit eo tempore, quo sen-

Nur bey Leidenschaften ist noch folgendes zu bemerken. Wenn diese ein Verbrechen bewirkten, aber noch nicht verraucht sind, so ist beständige Gefahr vorhanden, daß sie auch in Zukunft gesetzwidrige Thaten wirken möchten. Also sind solche Vorkehrungen zu treffen, die im Stande sind, jene Gefahr zu vertilgen. Deswegen muß man die Freyheit des Leidenschaftlichen beschränken, bis der Affect und mit ihm die Furcht fernerer Vergehungen aufhört. — Der Dumme und Einfältige kann zwar nicht mit voller Strafe belegt werden; (Th. I. §. 129.) aber auch gegen ihn finden Maasregeln zu künftiger Sicherheit statt. Eben sein beschränkter Verstand, der ihn schon einmal zum Verbrechen antrieb, kann diese Folge noch öfter wirken. Also auch hier ist dem Staate daran gelegen, daß ein solcher Mensch einer strengen Aufsicht unterworfen wird. Dieß wird entweder dadurch erreicht, wenn man ihm einen bestimmten Aufseher setzt, oder was noch besser ist in einem Arbeitshause oder in einer öffentlichen Anstalt ihm Unterhaltung und Arbeit verschaft, um ihn dem Staate unschädlich zu machen. Entsteht ein Verbrechen aus Mangel der Erziehung, aus falschen Religionsbegriffen, aus Unwissenheit und Irrthume, so liegt hierin oft der Grund etwas von der Strafe nachzulassen. Diese Puncte haben auch auf die Art der Strafe insofern Einfluß, daß man hier bessernde Strafen muß eintreten lassen. Belehrung der Verbrecher mit Gefängnisse verknüpft,

sententia de eo fertur; sed eam, quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus, cum deliquisset.

knüpft, die Auflage, sich während des Arrestis mit den Gesetzen bekannt zu machen, und dem Gerichte davon Rechenschaft abzulegen, ein zweckmäßiger Verweis des Gerichts möchten hierin die dienlichsten Mittel seyn, um die Ursache des Verbrechens zu vertilgen, welche hier größtentheils im vernachläßigten Studium der Gesetze liegt. — Endlich ist noch etwas von dem Falle zu sprechen, wenn ein Verbrechen öfter wiederhohlt wird. Es ist möglich, daß eine Missethat von mehrern häufig begangen wird. Dieß giebt dem Gesetzgeber die Veranlassung das Strafverbot zu schärfen. Hievon wär oben die Rede. So lange aber dieß noch nicht geschehen ist, so kann die öftere Begehung der That ein Milderungsgrund für diejenigen seyn, welche von der bösen Gewohnheit und dem Reitze des Beyspiels sich haben verführen lassen. Der erste oder zweyte Verbrecher darf zwar darauf keinen Anspruch machen. Bey dem dritten, vierten tritt schon das böse Beyspiel ein; doch kann hier noch keine merkliche Milderung gedacht werden. Wenn aber die That häufig begangen wird, dann glaubt endlich das grössere Publicum, sie sey erlaubt, und vergißt auf das Verbot der Gesetze, verdient also allerdings einige Nachsicht *). Aber dieß ist von dem Falle zu verstehen, wenn

*) Gmelin §. 50. Farinac. qu. 95. Pufendorf procesf. crimin. C. 25. §. 19. Matthaeus L. 48. T. 18. C. 5. n. 11. Paulus recept. sentent. L. 5. Tit. 3. §. 5. sagt: Nonnunquam pro frequentia admissorum judicantis sententia temperatur. Dieses Wort temperare nimmt Püttmann probab. L. II. C. 15.

wenn das Verbrechen nicht nur häufig begangen wird, sondern auch ungestraft bleibt. Denn, wird die Missethat nicht nur täglich verübt, sondern auch täglich gestraft, so kann die oben gedachte Einrede, daß man die That für erlaubt gehalten habe, nicht eintreten, sondern es bleibt bey der gewöhnlichen Strafe. Aber nun muß der Gesetzgeber die Drohung des Gesetzes vermehren, und dadurch ein grösseres Gewicht zu den Abhaltungsgründen hinzufügen, um die That desto kräftiger für die Zukunft zu verhüten. Verschieden von dem angegebnen ist der Fall, daß ein Missethäter mehrmal das Gesetz überschreitet. Seine Handlungen können von derselben Art und von einer verschiednen seyn. Im letzten Falle hat der Verbrecher alle Strafen seiner gesetzwidrigen Thaten verwirkt. Hier ist kein Grund etwas an der Zurechnung oder äußern Strafbarkeit nachzulassen. Aber wenn die Missethaten zur nämlichen Art gehören, dann ist bald grössere bald geringere Strafbarkeit da. Die letzte tritt ein, wenn der Verbrecher so oft seine That wiederhohlte, daß er von der Gewohnheit unwiderstehlich fortgerissen wird, und er diese That nicht mehr lassen kann. In dieser Lage ist allerdings zwar Zurechnung und Strafbarkeit geringer. (Th. I. §. 174. 175.) Aber das Beßte des Staats fodert, daß man einen Menschen dieser Art außer Stand zu schaden setze. Seine Strafe ist zwar gering

C. 15. für gleichbedeutend mit accomodare: man darf es aber auch für mitigare nehmen, wenn man nur die Fälle gehörig absondert.

gering anzusetzen, diese aber in eine verhältnißmäßige Einschränkung seiner Freyheit zu verwandeln, welche so lange dauern muß, bis man vom Verbrecher nichts mehr zu fürchten hat. Sollte aber Jemand eine Missethat einigemal wiederhohlt haben, ohne gerade Gewohnheitssünder zu seyn, dann hat er nach dem strengen Rechte die Strafe des Verbrechens so oft verwirkt, als er es begieng. Da aber die öftere Wiederhohlung der nämlichen Strafe zum Theil unmöglich, zum Theil grausam seyn würde; so wird gewöhnlich die Strafe der Missethat einmal, jedoch mit einiger Schärfung aufgelegt. Dieser Zusatz wird darnach ermessen, ob der Verbrecher schon einmal bestraft war oder nicht. Hatte er die Ahndung seiner That schon einmal gefühlt, und sie doch wieder verübt, so zeigt er, daß dieses Uebel ihm nicht hinlänglicher Abhaltungsgrund war, also kann nun das Strafübel um zwey Drittheile geschärft werden. Ausserdem ist gegen den noch nie bestraften Verbrecher nur ein Drittheil als Zusatz hinzuzufügen. Manchesmal belegen die Gesetze die Wiederholung mit besondern Strafen, und steigen stufenweise von einem Grade zum andern fort (Th. I. §. 175). Dies ist zum Beyspiel der Fall in Ansehung des Diebstals, den die P. G. O. in den ersten, andern und dritten eintheilt, und bey jeder Wiederholung mit schärfern Strafen droht. Wenn die Gesetze dies selbst gethan haben, so bleibt dem Richter nichts als ihre Anwendung übrig. Schweigen aber die Gesetze von den Strafen der öftern Begehung, dann muß, wenn diese eintritt, der Richter zwar bey der Strafe stehen bleiben,

die

die das Gesetz dieser Uebelthat überhaupt drohte; aber er muß diese Strafe eben der Wiederholung wegen schärfen, da dieß die allgemeinen Grundsätze von Verbrechen und Strafen fodern.

Zweyter Abschnitt.

Ursachen, welche zwar die innere Zurechnung nicht verändern, jedoch die äußere Strafbarkeit herabsetzen.

§. 62.

Allgemeine Bemerkungen von Milderungsgründen.

Wenn die gesetzwidrige That vollkommen existirt, und ganz zugerechnet werden kann; so muß auch die ordentliche Strafe statt finden. Sind aber die gesetzlichen Bedingungen nicht alle da, dann wird in eben dem Grade die äußere Strafbarkeit sinken, als es an jenen gebricht. Das Gesetz setzt zur Anwendung der vollen Strafe voraus 1) eine vollständige Zurechnung des Dolus, wovon bisher die Rede war, 2) die vollkommne Existenz derjenigen That, die bestraft wird, und insbesondere 3) das Daseyn desjenigen Hauptumstands, der die Grösse der Strafe unmittelbar bestimmt. Endlich will 4) das Gesetz, daß der Verbrecher kein grösseres Uebel leiden soll, als es droht, daß man gerade den Zweck zu erreichen suche, den es sich zum Ziele setzte. Denn eben dadurch, daß es ein bestimmtes Strafübel vorzeichnet, will es nur die-

dieses angewandt wissen, und alle andere, besonders grössere Uebel ausschließen. Aus diesen Betrachtungen läßt sich entscheiden, ob ein Umstand wahrer Milderungsgrund sey, oder nicht. Alle mildernde Eigenschaft wird wegfallen, wenn die Bedingungen und Voraussetzungen des Strafverbots alle vollständig vorhanden sind. Wenn dagegen ein Umstand Ursache ist, daß hieran ein Mangel oder Abgang sich äußert, so muß eben deswegen die ordentliche Strafe in eine gelindere umgeschaffen werden. Eben deswegen werden solche Umstände eher eine mildernde Kraft haben, welche das Verbrechen und die That selbst betreffen. Denn sie können eher die Existenz der gesetzlichen Bedingungen schwächen, da sie unmittelbar auf die That selbst gehen, und an deren Daseyn leicht etwas ändern können. Persönliche Eigenschaften des Verbrechers haben selten einen nahen Bezug auf die gesetzlichen Bestimmungen, die zur Anwendung der Regel erfodert werden, haben also schon schwerer eine mildernde Wirkung. Eben so ist es mit Handlungen eines Dritten, die eben so selten und noch seltner einen so genauen Zusammenhang mit den gesetzlichen Foderungen haben, daß eine Abweichung von der Regel eintreten könnte. Kömmt uns also ein Umstand vor und wir zweifeln ob er Milderungsgrund sey, oder nicht; so müssen wir untersuchen, ob er auf jene gesetzlichen Bedingungen Einfluß habe, die zur Anwendung der ordentlichen Strafe nöthig sind, ob er dieselben schwäche oder vernichte, und dann ist es wahrer Grund die Strafe zu mildern, dann muß der Richter von Erkennung der ordentlichen abstehen. Ausserdem

darf wenigstens der Richter nicht von Anwendung der ordentlichen abweichen.

§. 63.

Prüfungen einiger Meinungen anderer Schriftsteller.

Mit den angeführten Grundsätzen lassen sich die Regeln untersuchen, welche andere Schriftsteller von Milderungsgründen aufstellen. Heisler*) leitet dieselben theils von dem vor der Bestrafung schon erhaltenen Zwecke der Strafe, theils von der verminderten Strafbarkeit her, und theilt diese Puncte so ein, daß sie entweder von verminderter Zurechnung, oder aus dem Wesen der Handlung oder vom Zwecke der Strafen herkommen. Gegen diese Regeln läßt sich nichts erhebliches einwenden. Nur was von der Absicht des Gesetzes gesagt wird, die vor der Bestrafung schon existiren soll, ist theils ungegründet, theils zu speciell, um es als Regel anzugeben. Die Absicht der Strafverbote ist, Missethäter und andere von Verbrechen abzuhalten. Von diesem Zwecke läßt sich nicht mit Gewißheit sagen, daß er vor der Vollziehung der gesetzlichen Drohung schon erreicht sey, also kann man von der gesetzlichen Strafe nichts nachlassen. Nur eine Ausnahme liegt in dem Falle, wenn die Strafen blos auf Besserung abzielen, und der Verbrecher vor der Ahndung sich offenbar gebessert hat. Die übrigen Beyspiele, die Heisler**) anführt, als Reue, grosse Menge der Verbre-

*) Diss. de justis poenam mitigandi causis §. 24. 25.

**) §. 30.

brecher u. s. w. beweisen den Satz nicht, daß dadurch bey allen Verbrechen der Zweck der Strafe vor ihrer Vollziehung ganz oder zum Theil aufhöre, also eine Milderung allezeit nothwendig sey. Den obigen speciellen Fall abgerechnet, ist der Satz wie er da liegt ungegründet. Vollständiger und besser sind die Regeln, die Stelzer *) aufstellt, worin er die gesetzlichen Bedingungen, unter welchen die ordentliche Strafe erlaubt ist, genau untersucht, und die Milderungsgründe größtentheils richtig ableitet. Nur wenn er in der ersten Regel sagt, die Strafe richte sich nach dem Vortheile, den der Verbrecher gezogen, und dem Schaden, den der Beleidigte gelitten hat; so kann ich nach dem bisher angeführten seiner Meinung nicht seyn. Die Regeln, die von Globig und Huster *) vorzeichnen, betreffen mehr die Art der Milderung und sind Schranken der richterlichen Willkühr. Nur scheint es mir viel zu unbestimmt und schwankend, wenn die erste Regel heißt: eine Strafe dürfe nicht leicht gemildert oder geschärft werden, bis ein solcher Umstand vorhanden sey, der auf das grössere Publicum einen besondern Eindruck mache; die Empfindung des gemeinen Haufens sey der Maasstab der Milderung oder Schärfung. Allein wie viele Inconvenienzen würde diese Lehre hervorbringen? wie unendlich würde die Willkühr des Richters und Gesetzgebers erweitert? Weh den Rechten der Men-

*) Grundsätze des peinl. R. Kap. 10. §. 4—11.

**) Vier Zugaben zur gekrönten Preisschrift von der Criminalgesetzgebung: Zug. II. Hauptst. 3. Abschn. 1. S. 220. folg. S. 229. folg.

Menschheit, wenn man die Strafen einem so blinden Zufalle, als die Empfindung des Publicums ist, überläßt! Dieß weiß selten die Umstände eines Falles genau, daß es eine besondere Empfindung deswegen haben, oder nicht haben könnte. Der Gesetzgeber kann die öffentliche Meinung nicht so genau studiren, daß er mathematisch berechnen könnte, ob und welcher Umstand eine besondere Empfindung hervorbringen; sondern er muß aus der Natur des Verbrechens, aus den allgemeinen Grundsätzen von Zurechnung bestimmen, was Milderungsgrund ist, oder was diese Eigenschaft nicht hat.

§. 64.

Classification der Milderungsgründe.

Diese allgemeinen Betrachtungen erleichtern den übergang zur speciellen Prüfung der Gründe, die theils mit Recht theils mit Unrecht als Milderungsursachen angegeben werden. Sie theilen sich in sechs Klassen, und sind hergenommen I. von der Person des Verbrechers und dessen persönlichen Eigenschaften. Dahin gehören Stand und Würde, Verwandschaft, Uebergang zur herrschenden Religion des Staats, Geschicklichkeit, Verdienste um den Staat, körperliche Schwäche, Menge der Verbrecher. II. Von der Eigenschaft des Verbrechens, wenn es 1) entweder vom Anfange nicht in seiner ganzen Strafbarkeit vorhanden war, z. B. geringere Gewalt oder Gefahr, verminderter Schaden oder Vortheil den der Verbrecher zog, Unbrauchbarkeit des Guts, was durch die Handlung erworben ward, Nachtheil den der Verbrecher

 litt;

litt; Unschädlichkeit oder glücklicher Ausgang des Verbrechens, Abwesenheit besonderer Pflichten die That zu unterlassen. Oder wenn 2) die Missethat vom Anfange vollkommen existirt, aber durch einen nachher entstandnen Umstand vermindert wird; Compensation, Vergleich, Nachlassung oder Ersatz des Schadens, Fürbitte und Vergebung des Beleidigten. III. Von der Handlung anderer Menschen, die zwar nicht in das Verbrechen mit verwickelt sind, aber doch sich des Missethäters annehmen; Fürbitte unschuldiger Personen, Anerbieten den Verbrecher zu heyrathen, Begünstigung der entweder schon geschlossenen oder noch zu schließenden Ehe. IV. Vom schädlichen Einflusse der Strafe auf Unschuldige, wenn zu fürchten ist, daß diese dadurch beschädigt werden. Anzahl von Kindern. V. Von dem Grundsatze, daß der Verbrecher nicht mehr Uebel leiden dürfe, als das Gesetz droht. Excess der Tortur, langes oder ungesundes Gefängniß. VI. Von der wahren oder vermutheten Besserung des Verbrechers vor der Bestrafung. Ablauf der halben Verjährungszeit.

I.

Milderungsgründe, die von der Person des Verbrechers hergenommen werden.

a) Stand und Würde des Missethäters.

§. 65.

Einfluß des Standes auf äußere Strafbarkeit.

Es ist eine in unsern Tagen sehr bestrittne Frage, welchen Einfluß der Stand des Verbrechers auf bürgerliche

liche Verhältnisse habe? Auf einer Seite sucht man alles zusammen, um eine unbedingte Gleichheit herzustellen; auf der andern giebt man sich alle Mühe, die Rechte und Vorzüge einer oder der andern Menschenclasse zu sichern. Welche Grundsätze sind nun in der Lehre von Strafen aufzustellen? Ist die angebohrne oder erworbne Würde des Verbrechers ein hinlänglicher Grund, die gesetzliche Regel abzuändern, oder muß man es demungeachtet dabey bewenden lassen? Es wird auf zwey Fragen ankommen: Schwächt oder erhöht der Stand des Missethäters die innere Zurechnung? Oder ist dessen Würde ein vollgültiger Grund, daß die Bedingungen der äußern Strafbarkeit mehr oder weniger existiren? Was die letzte Frage angeht, so wird jeder Unpartheyische einsehen, daß die gesetzwidrige That materiell genommen eben so vorhanden ist, sie mag von einem Angesehenen, oder Mächtigen, oder einem Menschen aus der letzten Volksclasse begangen seyn. Diebstal und Todschlag existirt deswegen nicht mehr oder weniger, wer auch immer der Urheber seyn mag. Seynd nun zwey Verbrechen von der nämlichen Art dem Publicum und einzelnen gleich schädlich, wenn auch ihre Urheber dem Stande nach verschieden sind; so ist auch in beyden Fällen der Hauptumstand vollkommen da, der die Strafe zunächst bestimmt. Aus dem Todschlage, den der erste Mann im Staate begieng, entsteht der nämliche Angriff gegen die natürlichen Rechte, als aus dem Morde, den der verworfenste Mensch im Staate vollzogen hat. Der Hauptumstand, der Hauptmaasstab der Strafe existirt in beyden Fällen ganz. An den Bedingungen,

welche das Gesetz zur Auflegung der ordentlichen Strafe fodert, ändert der Stand des Missethäters nichts; also muß auch, wenn es mit der innern Zurechnung richtig ist, die ordentliche Strafe eintreten, ohne daß die Würde eine Aenderung machen könnte, weil sie an den Voraussetzungen, die zur Anwendung der gesetzlichen Regel nothwendig sind, nichts zusetzen, nichts wegnehmen kann.

§. 66.

Einfluß des nämlichen Puncts auf innere Zurechnung.

Aber wie verhält sich die Sache mit der innern Zurechnung? Allgemeinen Grundsätzen zufolge ist jene That mehr zuzurechnen, wenn ihr Urheber nicht nur allgemeine sondern auch besondere Pflichten überschritt, wenn er vollkommne Kenntniß ihrer Strafbarkeit hatte, wenn er wußte, daß er durch sein Beyspiel Andere zu ähnlichen Thaten reitzen könne. Alles dieß tritt bey Verbrechen ein, die von Menschen aus den höhern Volksclassen sind verübt worden. Diese genießen vom Staate besondre Vorzüge und Privilegien, sie sind also auch verpflichtet, dem Staate ihre Dankbarkeit an den Tag zu legen, die Gesetze zu ehren, und sich der gesellschaftlichen Ordnung zu unterwerfen. Sie haben deshalb besondere Pflichten, da ihnen bekannt seyn muß, daß die Missethat, die sie begehen, allgemein bekannt wird, grösseres Aufsehen erregt, und den gemeinen Mann vielmehr zu ähnlichen Thaten hinreisset, da dieser recht zu handeln glaubt, wenn er sich nach dem Beyspiele der höhern Stände richtet.

Die Mitglieder der erhabnen Klassen genießen meist eine bessere Erziehung, erlangen also eine genauere Kenntniß von Recht und Unrecht, handeln also mit mehrerem Bewußtseyn, wenn sie ein Gesetz überschreiten, sie fehlen aus Sinnlichkeit und Uebermuth, da der gemeine Mann oft aus Noth, Unwissenheit und Mangel an Bildung sündigt. — Der bisher festgesetzte Maasstab tritt erstlich bey dem Adel ein. Der Staat zeichnet ihn aus, schützt ihn bey seinen Vorzügen und Privilegien, es treten also bey ihm alle die Gründe ein, die innere Zurechnung eines Verbrechens zu erhöhen. Zweytens ist dies auf Missethaten der Geistlichkeit anwendbar. Das Beßte der Religion und des Staats fodert es, daß die Sitten derselben so rein als möglich seyen, also ist eine gesetzwidrige That ihnen um so mehr anzurechnen. Denn sie überschreiten solche Pflichten, die dem Staate besonders wichtig sind, und stiften ein gewöhnlich grösseres Aergerniß. Drittens ist es von Verbrechen der Obrigkeiten und Staatsdiener überhaupt anzunehmen. Diese haben vorzügliche Verbindlichkeit die Gesetze zu handhaben, über die Ordnung des Ganzen zu wachen. Sie fehlen also doppelt, wenn sie die Grundfeste des Staats die Gesetzgebung selbst erschüttern, da sie an ihrer Befestigung arbeiten sollten. Daraus ergiebt sich, daß Würde und Ansehen des Verbrechers die innere Zurechnung seiner That merklich erhöht, und dadurch mittelbar die äußere Strafbarkeit vermehrt *). Wenn man also das Uebel der

Strafe

*) Von Globig und Huster Abh. S. 102. folg. Beccaria §. 21. Servin S. 117. Gmelin §. 51. Szeger sind

scharfe

Strafe gegen alle gleich anwendet, die gesetzliche Regel ohne Unterschied in Erfüllung bringt, so kommt die wahre Proportion heraus *). Die höhern Stände empfinden das Uebel der Strafe gewöhnlich mehr; ihre Handlung hat aber auch eine grössere Moralität. Wer den Geist unserer Zeiten nur ein wenig studiert, wird finden, daß die Nothwendigkeit diese Grundsätze geltend zu machen so groß sey, als sie noch nie war. Dieser wird es den ersten Grundsätzen moderner Politic angemessen erklären, daß das Schwerd der Gerechtigkeit die festgesetzte Strafe an allen Verbrechern gleich vollziehe, und keine Ausnahmen gestatte, die dem ganzen Strafsysteme so schädlich werden kann, da sie den Neid des gemeinen Mannes gegen die höhern Stände noch mehr vermehret.

§. 67.

Gemeine Meinung von der Wirkung des Standes auf Strafen.

Darin kommen alle oder doch die meisten Schriftsteller überein, daß bey den schwersten Verbrechen der Stand deren Urhebers gar nicht in Betracht komme **), die

scharfe Gesetze einem Staate vorträglich §. 30. in Plitts Repertor. f. d. peinl. R. Th. I. S. 210. Andreae de just. delictor. et poen. quantit. C. I. §. 17. not. e.

*) Von Globig und Huster S. 103.

**) Hagemeister de causis mitigandarum poenarum th. 44. Tauber de licita in criminalibus prosopclepsia §. 9. Carpzov qu. 148. n. 38. Böhmer ad Carpz. q. 148. o. 4. Quistorp §. 99. not. f.

die Strafe eher schärfe als mildere *). Eben so halten manche dafür, daß bey Geldstrafen angesehene Verbrecher härter müssen gehalten werden, als geringere **). Die gemeine Meinung geht aber dahin, daß man entehrende Strafen seltner gegen Verbrecher vom Stande anwenden, sondern ein anders Uebel wählen soll, nicht, um sie gelinder zu strafen, sondern um eine relative Gleichheit herzustellen, weil eine weniger entehrende geringere Strafe den Verbrecher vom Stande eben so hart treffe, als die entehrende Strafe den Geringern ***). Diese Behauptung stützt sich auf folgende Gründe: 1) verliere der Angesehene viel mehr, wenn ihm seine Ehre geraubt, oder Landesverweisung gegen ihn erkannt werde. 2) Nun müsse die Strafe alle gleich treffen, diese Gleichheit aber nicht materiell genommen, sondern so verstanden werden, daß einer verhältnißmäßig soviel als der andere leide; es ergebe sich aber, daß 3) gegen Angesehene eine mindere Kränkung der Ehre statt finden müsse, als gegen

*) Lomberg de justa poenarum civil. mensura §. 5.

**) Gmelin §. 51. Pufendorf proc, crim. C. 25. §. 34. Seeger am a. O. §. 31.

***) Lomberg, Hagemeister, Carpzov, Böhmer ad Carpz. ll. cc. Ludolf de poenis delictorum ch. 66. Carrach de reatu non omnem dignitatem excludente §. 6. 9. Pufendorf, Seeger a. a. O. Koch instit. jur. crimin. §. 170. Engelhard allgem. peinl. Recht §. 208. Stelzer Kap. 10. §. 72. Gilnhausen arbor judic. crimin. C. 5. ram. 3. n. 68. Meister über den Einfluß, welchen der Stand des Verbrechers auf die Strafen und das Verfahren in Strafsachen hat; in Plitts Repertor. Th. I. S. 1—8.

gen Geringere, denen der Verlust der Ehre weniger nachtheilig sey. 4) Auch deswegen sey gegen Verbrecher von Stande ein geringeres Uebel der Strafe zuläßig, weil sie wegen besserer Erziehung auch leichter zu bessern seyen, und eine gelindere Bestrafung die nämliche Besserung hoffen lasse, als die schärfere Ahndung jene des gemeinen Mannes. 5) Missethäter von Stande hätten eine grössere Empfindlichkeit und Imagination von Ehre, würden also eben deswegen viel härter, als gemeine bestraft, wenn man infamirende Strafen gegen jene wie gegen diese eintreten lasse. 6) Durch solche Strafen leide die Familie des Verbrechers vom Stande, nun müsse man Unschuldige soviel möglich schonen. 7) Bey dem gemeinen Verbrecher sey der Reitz zu Vergehungen grösser, also auch schärfere Strafe nöthig. 8) Geringe Ahndungen schreckten die höhere Volksclassen eben so sehr von Verbrechen zurück, als schwerere die niedern. 9) Der Verlust der Würde sey schon an sich Strafe, also könne nebsidem nicht noch eine andere erkannt werden.

§. 68.

Prüfung dieser Gründe.

Aber 1) der Missethäter von Stande begeht aus dem oben angeführten auch eine viel schwerere Handlung; es ändert also an der Strafe nichts, wenn auch derselbe dadurch mehr verliert, als ein anderer. Und ist es dann gerade allezeit der Fall, daß jener einen viel grössern Schaden leidet, als der Niedere? Wenn z. B. der Angesehene

gesehene viel Vermögen hat, so schadet ihm der Verlust der Ehre weniger, als dem Geringern, der bey wenigem Vermögen mit seiner Ehre sein ganzes Nahrungsgewerbe verliert, und viel weniger auf Unterstützung rechnen kann, als der erste. 2) Die Gleichheit der Strafe beruht darauf, daß Jeder, der ein Verbrechen begieng, sich der gesetzlichen Regel unterwerfe. Hat nun das Gesetz die Strafe vorgezeichnet, so muß jeder Unterthan, er mag seyn wer er will, sich dieselbe gefallen lassen; die Gleichheit besteht darin, daß jeder die Strafe leide, die seine That ihrer innern und äußern Zurechnung nach verdient hat; wird also Jemand durch die Anwendung der gesetzlichen Regel härter betroffen, so kann er sich darüber nicht beschweren, wenn er mehr gefehlt hat. 3) Da nun dieß bey dem Verbrecher vom Stande der Fall ist, so kann dieser nicht begehren, daß eine grössere Kränkung der Ehre gegen ihn eintreten soll. 4) Besserung ist nur selten der Zweck der Strafen, und kann man bey einem Angesehenen nicht viel auf Erziehung rechnen, wenn er die Gesetze überschreitet; sondern man muß entweder einen Mangel an Bildung oder soviel annehmen, daß die Erziehung ihm keinen hinlänglichen Gehorsam gegen die öffentliche Ordnung einflösete, also in allem Betrachte kann man aus diesem Grunde an der Strafe nichts nachlassen. Dem gemeinen Manne geschieht grosses Unrecht, wenn man behauptet, nur scharfe Strafen seyen im Stande, ihn zurückzuhalten. Ich möchte nicht in dem Staate wohnen, wo dieser Grundsatz practisch nöthig ist. 5) Auf grössere Empfindlichkeit und Imagination von Ehre

kömmt es bey Bestimmung der Strafe nicht an; jeder ehrliche Mann weiß seine Ehre und seinen guten Namen vollkommen zu schätzen, wenn er auch das Wort Ehre nicht beständig im Munde führt. Nicht die Empfindlichkeit Einzelner, sagt Beccaria a. a. O. sondern der Schaden der Gesellschaft bestimmt den Maasstab der Strafen, und dieser Schaden steigt, je höher der Verbrecher ist. 6) Wenn durch entehrende Strafen der Unschuldige leidet, so müssen sie ganz verbannt werden. Daraus folgt aber nicht, daß zum Beßten einer Volksclasse eine Ausnahme zu gestatten sey. 7) Es ist ganz falsch, daß bey gemeinen Leuten der Reitz zu Verbrechen grösser sey. Diese fehlen öfter aus Mangel gehöriger Bildung, Noth, Unwissenheit, da der Reiche und Mächtige sich über die Gesetze erhaben glaubet. 8) Eben so ungegründet ist es, daß geringere Strafen den Angesehenen von Verbrechen zurückschrecken. Vielmehr scheinen verfeinerte Sinnlichkeit Gelegenheit und Verführung bey den höhern Ständen die Quelle vieler Verbrechen zu seyn, und dagegen wirken geringere Drohungen nicht genug. Es ließe sich eher behaupten, daß man das Strafverbot erhöhen, als vermindern müsse. 9) Nicht wegen aller Verbrechen verliert der Missethäter von Stande seine Würde und Amt; sondern nur dann, wenn er ein solches Verbrechen begangen hat, daß er nicht mehr bey seiner Würde oder seinem Dienste kann gelassen werden. Dann ist die Entfernung von der Stelle die Hauptstrafe, die nach Umständen mit einem Zusatze kann vermehret werden. Oder der Verbrecher muß eine Strafe leiden, womit die län-

gere Verwaltung des Dienstes oder die Behauptung dieser Würde nicht mehr bestehen kann; dann ist dessen Verlust eine natürliche Folge dieser Strafe. Hat sie der Missethäter verdient, so muß er sich auch die Folge davon gefallen lassen.

§. 69.

Ausnahmen von den bisherigen Behauptungen.

Alle diese Grundsätze verstehen sich von dem strengen Rechte, und der Natur der Sache. Davon macht aber die Politik manchesmal eine Ausnahme. Wenn nämlich dem Staate daran liegt, daß das Ansehen eines ganzen Standes erhalten wird, gleichwohl die Strafe so beschimpfend wäre, daß nicht nur der Verbrecher, sondern die ganze Classe geschändet würde, alsdann kann eine Verwandlung der Strafe in eine minder beschimpfende nöthig seyn, nicht um den Schuldigen gelinder zu behandeln, denn das gewählte Uebel muß so groß seyn, als das andere, sondern um das Ansehen des Staats zu erhalten. Dem Staate liegt z. B. daran, daß Richter und Obrigkeiten in voller Achtung stehen. Wollte man einen solchen durch die Strafe sehr beschimpfen, so würde die ganze Classe und dadurch der Staat leiden. Dieß macht also die Veränderung der beschimpfenden Strafe in eine zwar eben so schwere, aber minder erniedrigende nöthig. Dann aber fällt diese Maasregel weg, wenn die Erhaltung der Vorzüge eines Stands dem Staate gleichgültig ist. — Zweytens kann es seyn, daß ein Staatsdiener ge-

gefehlt aber den Verlust seiner Stelle nicht verdient hat. Dann muß die Strafe so eingerichtet werden, daß damit die fernere Verwaltung dieses Amts bestehen könne *). Aber auch dies fällt weg, wenn das Gesetz gegen ein Verbrechen eine solche Strafe bestimmte, die den Verlust des Dienstes nothwendig nach sich zieht. Dann ist dieser Verlust nothwendige Folge der Strafe, findet also ohne Rücksicht gegen den Verbrecher statt. Denn da er diese verdiente, so geschieht ihm auch kein Unrecht, wenn er sein Amt verliert.

§. 70.

Römisches Recht über gegenwärtige Lehre.

Das römische Recht macht einen Unterschied zwischen Freyen und Sclaven, Soldaten und Nichtsoldaten, Angesehenen und Niedern. Die Sclaven hatten die härtesten Strafen zu gewarten **). Die Geisselung z. B. flagellatio, war ihnen allein eigen, kein Freyer konnte damit belegt werden. So ward die Strafe öfentlicher Arbeit bey ihnen durch den Zusatz der Fesseln erhöht ***). Manchesmal wird der Sclave mit dem Tode bedroht, da die Bestrafung bey andern gelinder ist, wie z. B. bey Verfälschungen †). In Ansehung der freyen Menschen wird ein Unterschied gemacht zwischen Geringern (ple-

*) Seeger §. 33.

**) L. 28. §. 16. D. de poenis.

***) L. 10. pr. eodem.

†) L. 1. §. ult. D. de Lege Cornelia de falsis.

(plebeji, humiliores, tenuiores, viliores) und Angesehenen (honestiores, altiores in aliquo gradu constituti, honestiore loco vel ordine positi). Die Gränzlinien zwischen beyden sind zwar nicht ganz genau gezogen. Doch da die letzten honestiores ordine, gradu loco genannt werden, und bey ihnen eine motio ex ordine vel gradu vorkömmt, so scheinen nur jene hieher zu gehören, welche Würden und Aemter besassen, oder zu den privilegierten Ständen Roms den Patriciern oder dem Ritterstande gehörten. Die Plebejer scheinen unter den ersten begriffen zu seyn, da bald das Wort plebeji bald humiliores bald viliores vorkömmt. Der Verbrecher aus niedern Volksclassen wird manchesmal mit der Todesstrafe belegt, die bey höhern wegfällt *). Körperliche Züchtigung (fustigatio) wird bey freyen, aber geringen Menschen angewandt, wo Geisselung bey Sclaven statt findet **). Mit dieser Fustigation bleiben aber Verbrecher von Stande der Regel nach verschont ***). Auch auf die Art der Todesstrafe wirkt das Ansehen des Verbrechers. Das Werfen vor die wilden Thiere wird nur gegen Niedere erkannt †). Die Strafe der öffentlichen Arbeiten, besonders der Bergbau, findet nur gegen Niedere statt; dagegen wird Höhern

*) L. 3. §. 5. ad Leg. Cornel. de sicar. L. ult. de sepulcr. violat. L. 2. C. ut nemo privat.

**) L. 10. pr. L. 28. §. 2. de poenis. L. 4. §. 1. de incend. ruin. naufrag.

***) L. 28. §. 2. de poenis. L. 45. de injur.

†) L. 12. §. 1. D. de incend. L. 3. §. 5. ad L. Cornel. de sicar.

die Landsverweisung oder Beraubung ihrer Würde angedroht *). Wenn das Gesetz Infamie überhaupt droht, so wird diese in einem oder dem andern Falle in gelindere Strafe verwandelt **). Mit besondern Vorzügen waren die Decurionen begabt, sie durften weder mit dem Tode noch mit der Verurtheilung zum Bergbau bestrafet werden ***). Gleiches Recht genossen auch ihre Kinder und Enkel ****). Diese Verfügungen hatten aber ihre besondern Gründe. Das Amt eines Decurio hatte seine grosse Beschwerden; man mußte also durch Privilegien dazu anreitzen, die nicht nur in den genannten Puncten bestehen, sondern auch über verschiedne bürgerliche Sachen sich erstrecken, wovon die legitimatio per oblationem curiae ein Beyspiel ist. Aehnliche Vorrechte waren auch alten Soldaten und Invaliden ertheilt, die den Decurionen ganz gleich gestellt waren †). Soldaten überhaupt wurden zwar in Sachen ihres Dienstes streng behandelt ††). Doch begegnete man ihnen in andern Puncten wieder ehrenvoller, daß sie nicht zum Bergbau verdammt, nicht auf die Tortur gebracht wurden †††).

In

*) L. 6. D. de extraordin. crimin. L. 1. §. 3. D. de abig. L. 1. de furib. balnear. L. 1. §. 1. 2. D. de effractor. L. 3. §. 2. stellionatus L. 4. C. de summ. trinit.

**) L. 2. C. ut intra certum tempus etc.

***) L. 3. 9. 12. C. de poenis. L. 9. §. 11. L. 15. D. eodem.

****) S. die eben angeführten Gesetze.

†) L. 3. D. de veteran. L. 5. C. de poenis.

††) L. 14. D. de poenis.

†††) L. 3. §. 1. D. de re milit.

In einem oder dem andern Falle wird durch den Stand des Verbrechers die Strafbarkeit erhöht. Dies behauptet z. B. L. 8. C. de episcop. et cler *) von Geistlichen, welche als Zeugen in einer Sache die Wahrheit unterdrücken. So erhöht L. 13. §. 8. C. de judic. die Geldstrafe gegen Richter, welche ihren Pflichten zuwider handeln. Manchesmal wird ausdrücklich aller Unterschied des Standes aufgehoben. Die 154. Nov. C. 1. enthält eine sehr strenge Verfügung gegen verbotene Ehen und bedient sich dabey ganz allgemeiner Ausdrücke **). Einige Gesetze sagen allgemein, man müsse Stand und Eigenschaft der Person in Betracht ziehen ***); sie sind aber zu unbestimmt, als daß sie einen bestimmten Schluß zuliessen, und betreffen meist bürgerliche Sachen. In Ansehung des Gerichtsstandes machte der Stand des Verbrechers keinen Unterschied; sondern der Richter des Orts wo die That vollzogen ward, hatte der Regel nach allgemeine Gerichtsbarkeit ohne Rücksicht der Würde des Missethäters †). Daß aber der letzte Satz, der L. 1. C. ubi senat: omnem enim honorem ejusmodi reatus excludit blos vom Gerichtsstande zu verstehen sey, und bey Erkennung der Strafe

 nicht

*) Multo magis enim poena digni sunt, quibus cum plurimum honoris per nostram jussionem delatum est, occulto inveniuntur in crimine.

**) Nulli parcentes, sive majoris sive minoris status aut conditionis aut quod multo etiam difficilius est, sacerdotii sit etc.

***) L. 15. f. de negot. gest. L. 72. de judic. L. 34. §. 8. de jurejur. L. 15. §. 28. D. de injur. L. 16. §. 3. D. de poenis.

†) L. 1. C. ubi senatores.

nicht dürfe angewandt werden, beweiset theils die grosse Rücksicht die das römische Recht bey Verbrechern von Stande nimmt, wenn es auf Strafe ankömmt; theils hat es auch Carrach *) kritisch erwiesen.

§. 71.

Canonische und teutsche Gesetze.

Das canonische Recht stellt den Grundsatz einigemal auf, man dürfe in Gerichten nicht auf den Unterschied der Personen sehen **). Ja es verordnet einigemal, daß die Strafbarkeit eines Verbrechens um so grösser seyn müsse, je höher der Stand sey ***). Doch scheinen diese Verfügungen die Geistlichen unter sich zu betreffen. Im Verhältnisse gegen Layen werden Geistliche immer etwas gelinder bestraft. Dies erweiset der ganze Geist der canonischen Gesetze, und mehrere Stellen derselben, wovon ich nur eine hauptsächlich anführe, daß die Todesstrafen bey Geistlichen in ewiges Einsperren ins Kloster verwandelt werden †). Bey weltlichen Missethätern wird grosse Rücksicht auf den Stand des Verbrechers genommen ††), was mit dem Hauptgrundsatze des canonischen Rechts,

*) Diss. de reatu non omnem dignitatem excludente §. 8.

**) C. 12. de regul. jur. in 6. C. 17. de accusat. C. 8. de statu monach.

***) C. 5. dist. 40. C. 4. C. 25. qu. 1. C. 12. de jurejur. Etwas sonderbar sticht dagegen C. 1. de cler. venat. ab, wo der diaconus schwerer als der Bischof und Priester gestraft wird.

†) C. 7. distinct. 50.

††) C. 32. C. 24. qu. 1. C. 13. de poenis.

Rechts, daß es sich vorzüglich mit dem Seelenheile beschäftige, einen sonderbaren Contrast macht.

Schon in den ältern Zeiten Teutschlands nahm man auf den Stand des Verbrechers insofern Rücksicht, daß man Fremde schärfer, als Eingebohrne; Sclaven schwerer als freye bestrafte *). Als der Unterschied der Stände mehr befestigt ward, hatte er allerdings auch auf Bestrafungen Einfluß. Wenn der Adeliche wegen unerlaubter öffentlicher Gewalt einen Hund tragen mußte, so mußte der Unadeliche einen Sattel, der Bauer ein Rad übernehmen. Der Mangel einer allgemeinen Gesetzgrbung verursachte, daß jeder Stand nach seinen eignen Rechten und Gewohnheiten gerichtet ward. Und dies hatte die natürliche Folge, daß der Unterschied des Standes auch grössern Einfluß auf die Bestimmungen der Strafen hatte. Aus den teutschen Reichsgesetzen läßt sich bald erweisen, daß man auf Würde und Ansehen des Verbrechers Rücksicht nehmen müsse; mehr aber das Gegentheil. Die Verfügung gegen Gotteslästerer von 1495. §. 2. erklärt den adelichen Verbrecher das erstemal zu Ehren und Aemtern untauglich, und bestraft ihn das zweytemal am Leibe, da diese letzte Strafe das erstemal gegen Unadliche angewandt wird. Die folgenden Reichsgesetze **) heben bey diesem Verbrechen allen Unterschied

 des

*) Hofmann praenotiones juridicae de origine progressu et natura jurispr. crimin. german. §. 37.

**) R. A. 1512. Tit. 4. §. 1. 1530. Tit. 2. §. 1. 1548. Tit. 1. §. 2. 1577. Tit. 1. §. 2.

des Standes auf, und bestimmen die Strafe gleich, „wes Stands und Würden auch der Verbrecher wäre." Die P. G. O. läßt eher schließen, daß bey Strafen kein Unterschied zwischen Personen statt finde. Zwar kommen einigemal die Worte: nach Gelegenheit der Person vor *). Aber dieß ist gerade nicht vom politischen Stande des Verbrechers, sondern von dessen Beschaffenheit überhaupt zu verstehen, und kann eben so gut von dessen physischem Zustande genommen werden. Deutlicher erklärt sich der 158 Art. wo es heißt: Wer aber der Dieb eyn solche ansehenliche Person, dabei sich Besserung zu verhoffen, mag jn der Richter u. s. w. Hier ist offenbar vom Ansehen des Missethäters die Rede, aber nicht um die Strafe deswegen allein zu mildern, sondern das Gesetz vermuthet von angesehenen Personen eher, daß sie sich bessern; und wenn diese Hofnung da ist, wird die Strafe etwas gemildert. Aber der Regel nach bestimmt die P. G. O. die Strafe ganz allgemein, ohne auf die Person des Verbrechers Rücksicht zu nehmen. Sie bedient sich der allgemeinsten Ausdrücke: Item wenn Jemand, wenn einer, wenn irgend einer dieß oder jenes begeht; diese Worte, die in allen Strafverordnungen vorkommen, sind so weitumfassend, daß sie jeden Verbrecher begreifen, und gar keinen Unterschied der Personen zulassen. Noch bestimmter heißt es Art. 126: Jeder Räuber, Art. 137. Jeder Mörder u. s. w. welche den oben aufgestellten Satz noch deutlicher erweisen.

§. 72.

*) Art. 13. 14. 46. 114, 119. 159. 160.

§. 72.

Teutsche Praxis. Delicta propria.

So allgemein aber auch Karls V. Gesetz seyn mag, so sehr es der Regel nach alle Rücksicht auf den Stand des Verbrechers verbietet, so zieht gleichwohl die Praxis diese Puncte sehr in Betracht. Nach dem Zeugnisse der meisten Rechtslehrer *) werden angesehene Verbrecher weniger als andere mit beschimpfenden Strafen belegt; werden die meisten Bestrafungen in Geldbußen, in Vestungs- und andern, nicht schimpflichen, Arrest verwandelt, wird die Strafe des Stranges in die des Schwerds abgeändert. In wiefern diese Verfügungen sich mit der Natur der Sachen vereinigen lassen, ergiebt sich aus den Grundsätzen, die so eben vorkamen. — Uebrigens kann der Stand des Verbrechers in manchen Fällen einen grossen Einfluß auf die Idee und Strafe eines Verbrechens haben. Es giebt nämlich gewisse Classen von Menschen, die besondere Pflichten und besondere Gesetze haben nach denen sie gerichtet werden. Dieß ist der Fall bey Geistlichen, Soldaten und Dienern des Staats. Ihnen sind verschiedene Handlungen unter Strafe geboten, oder untersagt, die bey andern gleichgültig sind. Hier kann also das politische Verhältniß eines Menschen verursachen, daß er ein Verbrechen da begehen kann, wenn der andere nicht darum angesehen wird,

*) Man sehe die Schriftsteller, welche bey dem §. 67. sind angeführt worden.

ob er schon das nämliche thut. Dieß begründet die Eintheilung in gemeine Verbrechen, die alle begehen können, und solche, die nur von einem Stande können begangen werden. (delicta propria et communia.) Dieß ist auch die Ursache der Eintheilung in allgemeine Strafen, die gegen alle Menschen eintreten, und solche die nur bey einigen Ständen Platz greifen. Von letztern giebt es bey Soldaten und dem geistlichen Stande häufige Beyspiele, die jeder sich leicht denken kann. Es versteht sich von selbst, daß bey Verbrechen und Strafen, die einer gewissen Classe eigen sind, der Stand des Verbrechers die Hauptgrundlage sey, die Zurechung und Art der Bestrafung zu bestimmen. Die weitere Ausführung dieser speciellen Grundsätze gehört nicht hieher.

b) Verwandschaft.

§. 73.

Einfluß der Verwandschaft auf Strafbarkeit.

Dieser Punct kann auf dreyfache Art in Betracht kommen, 1) wenn der Verbrecher aus Liebe zu seinen Verwandten die That begieng, oder 2) mit dem Beschädigten verwandt ist. 3) wenn der erste und der Ankläger durch ebengemeldetes Band mit einander verbunden sind. Mit dem ersten Falle ist, der Regel nach, eine Milderungsursache verbunden. Wenn nämlich eine That aus Liebe zu seinen Verwandten ist begangen worden, so ist der Dolus geringer, da er aus einer an sich erlaubten und löblichen Quelle entspringt, deswegen wird die Strafe

wegen geringerer innerer Zurechnung gemildert. Dies tritt ein, wenn man Verwandte beherbergt, die Verbrecher sind; wo die Strafe der Aufnahme wegen der Liebe zu seinen Blutsfreunden gemildert wird *). Oder wenn der Soldat länger ausbleibt, als er sollte, dieß aber wegen der Liebe zu seinen Aeltern und Verwandten gethan hat **), oder wenn man die zweyte Taufe seines Bruders befördert, und dabey dient, weil man sich bereden ließ, die zweyte Taufe könne ihn gesund machen ***). Im zweytem Falle kann die Verwandschaft Ursache seyn, daß die Idee eines Verbrechens nicht vollkommen existirt, sondern eine gelindere Art desselben Geschlechtes. Hier muß natürlich die Strafe sinken. Dieß ist der Fall bey dem Diebstale zwischen Aeltern und Kindern, wie auch Ehegatten †). Der Grund liegt darin, weil diese Personen eine nicht ganz fremde Sache nehmen, wenn sie einander bestehlen, also der Begriff eines Diebstals bey ihnen

*) L. 2. de receptator.

**) L. 4. §. 15. de re militar.

***) C. 2. X. de apostat. et reiterant. baptism. Mehrere Fälle, die sich aber nicht streng erweisen lassen, sind angeführt von Schulz diss. de delcitis pro amico Gedani 1698.

†) L. 1. 2. 3. D. de action. rer. amotar. L. 5. C. ad L. Corn. de fals. Art. 165. der P. G. O. Der Diebstal unter Miterben gehört nicht hieher, da nicht nur Verwandte sondern auch fremde Miterben vorausgesetzt werden, und hier ein anderer Grund geringerer Strafbarkeit eintritt, wovon ich an einem andern Orte mehr gesagt habe; Diss. de furti vere talis notis caracteristicis consummatione atque supplicio, Wirceburg. 1792. medit. 5.

nen nicht vollkommen eintritt. Wenn aber die Erfodernisse eines Verbrechens vollkommen da sind, dann ist die Verwandschaft kein Grund, die Strafe zu mildern, vielmehr eine Ursache sie zu schärfen. Denn es ist doch gewiß grössere Pflicht, einen Verwandten nicht zu beschädigen, also ist auch ohne Zweifel grössere innere Strafbarkeit da *). In dieser Voraussetzung kann die Verwandschaft eine besondere Art von Missethaten hervorbringen, wie dies bey dem Vater- und Kindermorde, Blutschande, qualificirter Hurenwirthschaft der Fall ist, wo sodann die Strafe schon für sich steigt. Oder das Verbrechen bleibt zwar dasselbe, aber der Dolus steigt, wenn man gegen Verwandte feindselig verfahren ist, folglich der Verbrecher nicht nur die allgemeinen Pflichten als Mensch und Bürger überschritten, sondern auch die besondern Bande des Bluts verletzt hat. Dies verursacht also eine Vermehrung der Strafe, welche z. B. bey dem Todschlage der Seitenverwandten, deren Verwundung oder Beschimpfung **) eintritt. Zwar wollen einige Schriftsteller ***) die Verwandschaft als Milderung gelten lassen; aber Quistorp †) hat schon bemerkt, daß sich diese Mei-

*) Koch instit. jur. crim. §. 56. Quistorp Grnndf. d. teutsch. peinl. R. §. 67. und Beyträge zu Erläuterung verschiedner mehrentheils unentschiedener Rechtsmaterien S. 486.

**) L. 7. §. 8. de injuriis.

***) Carpzov pract. qu. 82. n. 45—50. und P. 4. Const. 38. def. 5. Hommel obs. 540. Wernher P. II. obs. 381.

†) Beyträge S. 482.

Meinung nur nach dem sächsischen Rechte behaupten lasse. Das natürliche Band zwischen dem Ankläger und Angeklagten soll auch unter die Milderungsgründe gehören. Wenn der Vater den Sohn dem Richter anzeigt, sagt Tiraquell *), so soll letzterer gelinder behandelt werden. Der Beweis wird aus der L. 13. §. 6. D. de re militari **) geführt. Aber diese Verfügung beruht einestheils auf der besondern Politic, um die Deserteurs desto geschwinder wieder zu bekommen, anderntheils kann sie auch eine andere Veranlassung haben. Die römischen Kaiser suchten die peinliche Gerichtsbarkeit den Hausvätern zu entreißen und sie immer mehr sich beyzulegen. Ein Mittel zu diesem Zwecke mochte auch dieses gewesen seyn, daß man mit dem Sohne gelinder verfuhr, wenn der ehemalige Hausrichter, der Vater, ihn der Gerichtsbarkeit der Kaiser unterwarf, und diese dadurch anerkannte. Kurz das Gesetz mag auf einem Grunde beruhen, auf welchem es will, so wird es heut zu Tage nicht in Betracht kommen. Eben so wenig verdient der Punct einige Aufmerksamkeit, wenn der Sohn den Vater anzeigt, oder anklagt, was Tiraquell ***) auch als einen Milderungsgrund annimmt.

§. 74.

*) Tract. de poenis temperandis caus. 18.

**) Desertorem, qui a patre suo fuit oblatus, in deteriorem militiam Divus Pius dari jussit, ne videatur, inquit, pater ad supplicium obtulisse.

***) Caus. 19. 20.

c) Uebergang zur christlichen Religion.

§. 74.

Wirkung desselben bey Bestimmung der Strafe.

Si Iudaeus vet paganus, sagt Renazzi *), post crimen admissum ad sacra nostra (christiana) transierint, consulunt sibi non reipublicae, quam delinquendo laeserunt. Dieß ist der Grund warum der Uebergang zur herrschenden Religion des Staats keine Milderung der Strafe verschaffen kann. Eine andere Ursache liegt darin, weil weder die innere Strafbarkeit des Verbrechens, noch der Schaden abnimmt, welchen der Staat durch die That gelitten hat, auch überhaupt von jenen Bedingungen nichts abgeht, die zu Erkennung der ordentlichen Strafe erfodert werden. Wollte man den Juden z. B. deswegen gelinder strafen, weil er Christ wird, so würde der christliche Verbrecher härter daran seyn; denn ihn, wenn er zur Zeit der begangnen That schon Christ war, träfe dann die ordentliche Strafe. Dazu kömmt die Verfügung der L. 1. D. de poenis, daß die Strafen nach dem Zeitpuncte des vollzognen Verbrechens sollen bestimmt, und auf nachher entstehende Umstände nicht soll gesehen werden. Die Vorzüge und Wirkungen, die das canonische Recht **) und die Religion der Taufe beylegt, gehen auf den geistigen Zustand des Bekehrten, haben also auf das Zeitliche keinen

*) L. 11. C. 5. §. 21.

**) C. 2. 136. de consecrat. dist. 4. C. 8. X de divort. Ludovici de effectu baptismi juridico §. 38 — 44.

keinen Einfluß, und können die Strafe der Verbrechen nicht mildern. Quistorp *) hält zwar dafür, Bekehrung müsse dann eine Milderung verschaffen, wenn damit Reue verbunden sey, und falsche Religionsgrundsätze, wie auch schlechte Erziehung den Grund des Verbrechens in sich enthielten; aber dann mildert der Zusammenfluß dieser Umstände die Strafe, daran hat die Bekehrung allein den geringsten Antheil.

d) Verdienste um den Staat, insbesondere Geschicklichkeit in einer Kunst.

§. 75.

Untersuchung der Wirkung öffentlicher Verdienste, und grosser Geschicklichkeit auf Erkennung der Strafe.

Was vom Uebergange zur herrschenden Religion des Staats gesagt ward, gilt auch von den Verdiensten um den Staat. Wenn ein Mann der Gesellschaft wesentliche Dienste leistet, so kann er auf ihren Dank und Belohnung Anspruch machen; daraus folgt noch nicht, daß er auch einen Nachlaß der Strafe begehren könne, wenn er ein Verbrechen begeht. Dadurch schadet der Missethäter dem Lande eben so sehr und noch mehr, wenn er das Ansehen der Gesetze untergräbt. Hätte er dem Lande die Vortheile nicht verschaft, so würde das öffentliche Wohl doch bestanden seyn, wenn schon in einem verminderten Grade; durch die Begehung des Verbrechens aber

*) §. 117. b.

aber wird die Gesellschaft geradezu und positiv beschädigt. Der Schaden, den diese durch die Missethat leidet, ist der Regel nach grösser, als der Vortheil den der Verbrecher anderwärts stiftete. Solche Menschen, die sich um Staat und Gesellschaft verdient machen, geben auch gewöhnlich ein böseres Beyspiel, wenn sie die Gesetze überschreiten, weil man sie mehr beobachtet. Ihre Vergehungen vertilgen also das Gute, was ihre Verdienste wirkten. Es kann keine Compensation der Strafe des Verbrechens gegen die dem Staate geleisteten Dienste statt finden. Denn die letzten heben weder die innere Zurechnung, noch die äußere Schädlichkeit des Verbrechens, haben mit diesen keinen Zusammenhang, beyde Puncte sind vielmehr ganz von einander abgesondert; eine Compensation also muß hier wegfallen, da sie zum wenigsten einigermassen ähnliche Foderungen voraussetzt. Alles dieß gesagte paßt auch auf vorzügliche Wissenschaft und Geschicklichkeit des Verbrechers. Auch diese kann nicht in Betracht kommen, wenn die Frage von Bestimmung eines Verbrechens ist, da nicht der geringste Zusammenhang zwischen Strafbarkeit und Zurechnung einer Missethat, und der persönlichen Geschicklichkeit des Urhebers ist, nicht der mindeste Einfluß dieser auf jene sich gedenken läßt. Gleichwohl soll aus der L. 31. D. de poenis folgen, daß der vorzüglich geschickte Verbrecher gelinder müsse bestraft werden. Aber das Gesetz scheint eher das Gegentheil zu verordnen. Es sagt: Ad bestias damnatos favore populi Praeses dimittere non debet; sed si ejus roboris et artificii sint, ut digne populo romano possint exhiberi, principem consulere debet. Der

Fall ist, daß jemand verurtheilt war, den Thieren vorgeworfen zu werden. Nun heißt es, wenn man von ihm erwarten könne, daß er in den öffentlichen Schauspielen und Thiergefechten eine besondere Rolle spielen werde, so soll der Landesherr darum gefragt werden, ob er nicht nach Rom zu bringen, und zu besagtem Zwecke zu gebrauchen sey *). Ein Verbrecher dieser Art soll nicht entlassen, sondern vom Landesherrn bestimmt werden, ob er seine Strafe am Orte der Untersuchung leiden, oder nach Rom soll gebracht, und zu den Thiergefechten oder Kämpfen der Gladiatoren verwandt werden. Das letzte war eben so schwere Strafe wie das Werfen vor die Thiere selbst. Es ist im Gesetze keine Rede von Milderung sondern von Verwandlung der Strafe, und diese wird nicht dem Richter sondern dem Landesherrn überlassen. Auch ist diese Verfügung gegen die Gewohnheit mancher römischer Richter gerichtet, welche auf das Begehren und Geschrey des Volks den Schuldigen losließen, was hier sowohl als in der L. 12. C. de poenis umständlicher verboten wird. Nach der Meinung einiger Schriftsteller **) sollen die Verdienste der Vorfahren einen Milderungsgrund abgeben. Man beruft sich auf einige römische Gesetze ***). Aber

*) So erklären das Gesetz Püttmann an et quatenus reorum in rem publicam merita in causis levandae poenae numerandae sint? in opusc. jur. crimin. p. 295. Westphal Criminalrecht Anm. 34. §. 24.

**) Gilnhausen arbor judic. crimin. C. V. ram. 3. n. 79. Theodoricus colleg. crimin. C. 10. aph. 4. n. 12.

***) L. 11. 13. 17. C. de advocat. diversor. judicior. L. 5. §. ult. D. de re milit.

Aber wer Lust hat sie einzusehen, wird finden, daß sie nichts erweisen. Die ersten drey sprechen von Begünstigung des Advocatenstandes und besonders deren Nachkommenschaft. Hierin geschieht von Verbrechen nicht die geringste Meldung. Das letzte Gesetz verordnet, man soll den Ueberläufer verschonen, wenn er andere Deserteurs angezeigt, oder Räuber gefangen eingeliefert hat. Hier ist von eignen Verdiensten, nicht jenen seiner Vorfahren die Rede. Und dann ist dieß eine besondere Begnadigung des Kaisers Hadrian, welche erweiset, daß Verdienste um den Staat zwar ein Grund der Begnadigung seyn können *); daraus folgt aber nicht, daß der Richter dieser Umstände wegen die Strafe mildern könne oder müsse. Soviel kann man mit Quistorp **) annehmen, daß bey wilkührlichen Strafen der Richter eine solche wählen soll, welche einen grossen Künstler so wenig als möglich unfähig macht, seine Wissenschaft und Geschicklichkeit zu zeigen und ferner auszuüben.

e) Körperliche Schwäche.

§. 76.

Modification der Strafe nach den körperlichen Kräften des Verbrechers.

Wenn der Verbrecher einen so schwachen Körper hat, daß er die Strafe nicht ausstehen kann, die das Gesetz seinem Leibe droht, so fodert die Natur der Sache und

*) Dies behaupten auch Püttmann und Westphal a. a. O.

**) §. 112.

und die Menschlichkeit, daß man ein geringeres Uebel gegen ihn anwendet. Denn dieß trift ihn eben so hart, als den stärkern das grössere. Schwachheit des Körpers ist also zwar kein Milderungsgrund, aber doch eine Ursache, die Strafe in eine solche zu verwandeln, welche dem Körper des Verbrechers angemessen ist, und verhältnißmäßig ihm eine eben so grosse Beschwerde verursacht, als das gewöhnliche Strafübel dem Verbrecher von starker oder mittelmäßiger Leibesbeschaffenheit. Beyspiele von jungen und alten Verbrechern, wie auch dem weiblichen Geschlechte sind oben vorgekommen.

f) Menge der Verbrecher.

§. 77.

Absonderung verschiedener hieher gehöriger Fälle, und Bestimmung der Zurechnung derselben.

Wenn mehrere dasselbe Verbrechen begehen, so kann es seyn, daß sie alle Urheber sind, oder daß diese Eigenschaft nur einer oder der andere hat, die übrigen die Hauptthat nur als Gehülfen befördern. Im ersten Falle haben sich mehrere Urheber zu eben derselben That durch einen Vertrag verbunden, oder sie sind zufällig vereinigt worden. Führt der Zufall mehrere Verbrecher zusammen, dann begehen sie in dieser letzten Lage entweder die nämliche Handlung oder jeder eine verschiedene. Nach diesen verschiednen Fällen bestimmt sich die Strafbarkeit mehrerer Missethäter. Erstens ist es natürlich, daß die

Strafe verschieden seyn muß, wenn einige Urheber, die andern nur Gehülfen sind. Hier trift jene die Hauptstrafe, diese werden nach der Grösse der Theilnehmung verschieden gestraft. Ein Milderungsgrund läßt sich hier nicht gedenken. Eben so verhält sich zweytens die Sache, wenn mehrere durch einen Zufall verbunden werden, und entweder dieselbe That, oder jeder eine verschiedene vollziehen. In einem Auflaufe begehen mehrere einen Todschlag, oder einer tödet diesen, der andere einen andern Menschen, der dritte fügt eine Verwundung zu. Bey solchen Umständen kann einem jeden nur das zugerechnet werden, was er gethan hat. Denn da keine Abrede unter ihnen vorgieng, so kann die That des einen keinen Einfluß auf des andern Handlung haben, sondern jeder wird nur nach dem gestraft, was er begieng. Auch hier läßt sich kein Milderungsgrund gedenken. Nur dann muß eine gelindere Strafe eintreten, wenn einige offenbar von der Menge sind fortgerissen worden, ohne daß sie wußten, was vorgehe; wenn sie ohne eigne Besinnung von dem grössern Haufen in gewissem Betrachte gezwungen wurden ein Verbrechen zu begehen. Hier fehlt es an hinlänglichen Gründen der Zurechnung, und in so fern kann die Menge der Verbrecher ein Milderungsgrund für einzelne seyn, bey denen keine Freyheit und kein voller Dolus anzunehmen ist, folglich in eben dem Grade die Strafe fallen muß, als die innere Zurechnung abnimmt, weil die Betäubung und der Zwang, der aus der Menge der Verbrecher entstand, das Bewußtseyn bey einem oder dem andern aufhob, oder beschränkte. Drittens können

die

die Umstände so beschaffen seyn, daß mehrere als Urheber dieselbe That verabredet und ausgeführt haben. Diesen Verschwornen wird das Verbrechen vollkommen zugerechnet, wenn sie es dem Vertrage gemäß vollbrachten, und bey ihnen die Voraussetzungen eintreten, die anderwärts von Verschwörung überhaupt sind vorgetragen worden. Alsdann trift jeden Verbundnen die ordentliche Strafe; denn die Idee des Verbrechens paßt ganz auf ihn, es ist eben so viel, als wenn er die That vollkommen allein vollbracht hätte. Die Bedingungen des Gesetzes treten ganz ein, also muß auch jeder mit der ordentlichen Strafe belegt werden. Und von diesen Grundsätzen kann man nicht abweichen, es mögen so viele Verbrecher seyn als wollen. Denn dieser Umstand ändert an der innern oder äußern Strafbarkeit nichts. Wollte man auch sagen, es sey ein geringerer Grad von Freyheit da, wenn mehrere zusammen ein Verbrechen begehen; so hebt sich dieser Punct durch die Betrachtung, daß jeder sich mit Vorbedachte in die Verbindung eingelassen hat. Und dazu kömmt der Umstand, daß die äussere Strafbarkeit und Gefahr für die Gesellschaft wächst, je mehrere sich zusammen gegen die Gesetze verschwören. Dadurch wird also der Punct gewiß aufgewogen, daß die Freyheit eines oder des andern Verschwornen in einem geringern Grade beschränkt wird; denn merklich kann diese Beschränkung wegen des eben gesagten nicht seyn. Wenn also eines in das andere gerechnet wird, so wird sich die Folge ergeben, daß es bey der Regel des Gesetzes bleiben müsse, und die Menge der Verbrecher dem

Richter keinen rechtmäßigen Grund an die Hand geben könne, die Strafe des Verbrechens zu mildern *).

§. 78.

Prüfung der gegenseitigen Meinung.

Gleichwohl wollen verschiedene Rechtslehrer **), daß eine Milderung der Strafe eintreten müsse, wenn eine grosse Menge von Menschen ebendasselbe Verbrechen begieng, z. B. eine ganze Gemeinde einen Aufruhr, ein ganzes Regiment eines Fehlers gegen die Subordination sich schuldig macht. Sie berufen sich auf rechtliche und solche Gründe, die aus der Natur der Sache genommen sind. Die Gesetze ***), die sie anführen, beweisen den Satz nicht den sie sollen. Die L. 16. §. 10. D. de poenis spricht von einem ganz andern Falle, der oben vorkam, wenn mehrere die nämliche That öfter wiederhohlen; hier ist aber die Frage, wenn ein Verbrechen von mehrern zugleich einmal begangen wird. Und da das Gesetz eine Schärfung befiehlt, so kann es auf keinen Fall von jenen angeführt werden, die aus der Menge der

*) Stelzer Kap. 13. §. 13—16.

**) Farinac. qu. 96. Banniza de causis mitigantibus augentibus et cessare facientibus poenas legibus statutas C. 1. §. 16. Hagemeister de caus. mitig. th. 52. Heisler de justis poenam mitigandi causis §. 30. n. 2.

***) L. 16. §. 10. D. de poenis. L. 46. §. 9. D. de jur. fisci C. 5. C. 9. qu. 1. C. 32. C. 23. qu. 4. C. 1. dist. 44. C. 30. X de simon. C. 11. de transact. C. 4. de cler. excomm. C. 25. dist. 50. C. 2. de tempor. ordin.

der Verbrecher einen Milderungsgrund machen. L. 46. §. 9 D. de jure fisci spricht von dem Falle, wenn mehrere den Fiscus betrogen haben, und verordnet, sie sollen alle zusammen den Betrug vierfach ersetzen, nicht jeder das Ganze, sondern nur so viel entrichten, als auf seinen Theil kommt. Hier ist nicht von einem Verbrechen, sondern einer bürgerlichen Sache die Rede, und deswegen wird die Summe nicht gleich vertheilet, und der Grundsatz angenommen, daß die Leistung nur einmal geschehen müsse. Dieß paßt alles nur auf bürgerliche Sachen, die Klage auf das Vierfache wird den Klagen aus Verbrechen entgegengesetzt. Aber dieß kann auf mehrere Missethäter nicht angewandt werden. Denn bey Strafen trift der Grundsatz nicht ein, daß die andern frey werden, wenn sie einer ausgestanden hat. Denn die Verbindlichkeit dazu haftet auf jeden Verbrecher ganz, muß also von jedem vollständig erfüllt werden. C. 5. C. 9. qu. 1. verordnet von jenen, die sich von Schismatikern haben weihen lassen: Qui vero ab episcopis quondam catholice ordinatis, sed in schismate a romana ecclesia separatis, consecrati sunt, eos nimirum cum ad ecclesiae unitatem redierint, servatis propriis ordinibus misericorditer suscipi jubemus, si tamen vita et scientia eos commendat. §. 2. Amodo vero, quicunque a praedictis schismaticis sanctaeque romanae ecclesiae adversariis se ordinari permiserit, nullatenus hac venia dignus habeatur. §. 3. Quamvis autem misericordiae intuitu magnaque necessitate cogente hanc in sacris ordinibus dispensationem constituerimus; nullum tamen praejudi-

cium sacris canonibus fieri voluimus; sed obtineat primum robur, et cessante necessitate illud quoque cesset, quod pro necessitate factum est. Ubi enim multorum strages jacet, ibi subtrahendum est aliquid severitati, ut addatur amplius caritati. Aber das Gesetz sagt am Ende selbst, daß es nur aus dringender Noth diese Verfügung getroffen habe, also dieselbe aufhören müsse, wenn die Noth aufhört. Die letzten Worte multorum strages u. s. w. können auch so verstanden werden, daß die unschuldigen Gemeinden Gefahr laufen, wenn die von Schismatikern geweihten Seelsorger alle vertrieben würden und sie gar keine hätten. Ueberhaupt spricht das Gesetz nicht von mehrern Verbrechern, sondern von Geistlichen, die sich im guten Glauben von Schismatikern weihen lassen; denn daß sie diese Wohlthat nicht genießen, wenn sie es wissentlich thun, sagt das Gesetz ausdrücklich. Auf ähnliche Art können C. 25. dist. 50. C. 2. de tempor. ordin. gehoben werden. C. 32. C. 23. qu. 4. redet von dem Falle wenn die Sünden in einer Gemeinde überhand nehmen, und giebt zu erkennen, daß man die Sache nicht so streng als gewöhnlich nehmen könne. Aber es ist die Rede von Sünden und geistlichen Mitteln, davon findet keine volle Anwendung auf Verbrechen statt. Zweytens wird angenommen, daß mehrere Sünden von mehreren sind begangen worden, also die Lage nicht, wie wir sie uns hier denken. Eben das gilt vom C. 1. dist. 44. und C. 4. de cleric. excomm. Strenger ist C. 30. X. de simon. und C. 11. X. de transaction. welche von der Strenge nichts nachlassen, wenn schon mehrere Verbrecher da sind. Nebst

dem

dem will man den angeführten Satz daraus erweisen, daß man sagt, mehrere Verbrecher müßten gelinder behandelt werden, um sie nicht zur Verzweiflung zu bringen, oder um die Bevölkerung des Staats nicht so sehr zu vermindern, wenn man viele zum Tode verurtheilte. Aber man sieht leicht ein, daß diese Gründe nicht so beschaffen sind, um den Richter vom Wege der Regel abzuleiten, um eine Milderung aus rechtlichen Gründen zu wirken. Eine andere Frage ist es, ob die Menge der Verbrecher keine Ursache zur Begnadigung abgeben könne, davon an einem andern Orte.

II.

Milderungsgründe, die von der Eigenschaft der Handlung abgeleitet sind.

a) Geringerer Grad von Gefahr, Gewalt, Schaden und gezogenem Vortheile.

§. 79.

Allgemeine Bemerkungen hierüber.

Wenn der Richter ein Gesetz vollkommen anwenden will, so muß er vor allem untersuchen, ob der Hauptpunct ganz existirt, weswegen die ordentliche Strafe erkannt wird. Ist dieses nicht, so sind nicht alle Bedingungen da, also an die Vollstreckung der gesetzlichen Regel nicht zu denken. Der Hauptmaasstaab der Strafe ist, wie oben erwähnt ward, der Angriff gegen die Gesellschaft, der Schaden, welchen der ganze Staat durch das Verbre-

chen gelitten hat. Sollte nun dessen Urheber den Staat nicht so schwer angegriffen haben, als man von dieser Art Missethaten zu erwarten pflegt, so ist natürlich ein geringerer Grad von Strafbarkeit da. Wenn der Hochverräther auf entferntere Weise die Grundfeste des Staats erschüttert, so ist sein Angriff nicht so bedeutend, als er zu seyn pflegt, also minder strafbar. Wenn der Falschmünzer das genutzte Geld nur in geringerer Anzahl unter seinen Mitbürgern verbreitet, so ist er dem Staate weniger schädlich, verdient also eine Strafe in geringerem Grade. Obgleich der Regel nach die Grösse der Strafe nach der Grösse des Angriffs gegen den ganzen Staat nach dem Schaden ermessen wird, den die ganze Gesellschaft zu befürchten hat: so sieht das Gesetz doch nebst dem auch auf speciellere Punkte, um den Grad der Strafe darnach zu bestimmen. Manchesmal nämlich sind die Gefahr oder der Nachtheil, den Einzelne zu befürchten haben, der nächste Maasstaab der Ahndung. Dieß ist z. B. bey dem Brande der Fall, dessen Grösse nach der Gefahr zunächst bestimmt wird, den eine einzelne Stadt oder Gemeinde, nicht welche der ganze Staat zu besorgen hat. Wenn also in einem speciellen Falle das angesteckte Haus so weit von andern ernfernt ist, daß gar kein, oder ein geringes Besorgniß daraus für benachbarte Häuser entsteht, so muß auch nothwendig die Vollziehung der ordentlichen Strafe gehemmt werden.

§. 80.

Einfluß der Gefahr, welche aus einer That entsteht, auf die Strafe.

Aus diesen Voraussetzungen ergeben sich folgende Schlüsse:

I. Wenn die Gefahr für die ganze Gesellschaft der einzige Maasstaab der Strafe ist, so ist nur dann auf eine Milderung zu erkennen, wenn dieses Besorgniß, der ganze Staat möge beschädigt werden, geringer und entfernter als gewöhnlich ist. Bey Staats- und Majestätsverbrechen ist dieß der Regel nach der Fall, daß der Angriff gegen das Ganze und die daraus entstehende allgemeine Gefahr die Grösse des Strafübels allein bestimmt. Hier kann es also nicht auf den Schaden und die Gefahr einzelner ankommen, sondern es wird immer Rücksicht auf die ganze Gesellschaft zu nehmen seyn. Und nur dann kann eine Herabsetzung der ordentlichen Strafe statt finden, wenn der Staat in einem speciellen Falle weniger als gewöhnlich zu besorgen hat. Davon wird bey dem Hochverrathe, Landfriedensbruche, Falschmünzen u. a. m. leicht die Anwendung können gemacht werden, wenn man bedenkt, warum die Gesetze zunächst diese Strafe bestimmt haben, und ob dieser Umstand vollkommen existirt.

II. Sollte aber Gefahr für einzelne der Hauptgrund der Strafe seyn, so ist vor allem zu ermessen, ob der gewöhnliche Grad dieser Gefahr vorhanden sey. Dann nur kann die ordentliche Strafe eintreten. Im Gegentheile

theile wird diese sinken, wenn das Besorgniß in einem geringern Grade sich äussert. Aber deswegen folgt noch nicht, daß, wenn diese Gefahr ganz aufhört, auch alle Strafe wegfallen müsse. Denn die Gefahr, welche einzelne Menschen oder Gemeinden zu besorgen haben, ist der hauptsächliche nicht einzige Maasstaab der Strafe; deswegen wird in solchen Fällen auch auf den Angriff gegen die ganze Gesellschaft gesehen, wenn schon zunächst auf die specielle Gefahr Rücksicht genommen wird. Der Landzwang z. B. wird deswegen als ein schweres Verbrechen angesehen, weil die bedrohte Gemeinde grosse Gefahr zu besorgen hat. Daraus folgt aber nicht: in einem einzelnen Falle ist keine Gefahr da, also muß alle Strafe wegfallen. Der Hauptumstand, der die Grösse der letzteren zunächst bestimmte, ist zwar in einem ganz geringen Grade vorhanden, also muß die ordentliche Ahndung wegfallen. Doch ist die Sicherheit der Gesellschaft einigermassen gekränkt worden, also muß doch noch einige Strafe, wiewohl in geringerm Grade statt finden.

§. 81.

Wirkung der Gewalt und des Nachtheils des Beschädigten.

III. Es tritt manchesmal der Fall ein, daß die Obrigkeit bey Bestimmung der Strafe vorzüglich auf die Gewalt sieht, die entweder zum Begriffe eines Verbrechens gehört, oder damit gewöhnlich verbunden ist. In einer solchen Lage muß die Untersuchung des Richters dahin

hin gehen, ob eine solche Gewalt vorhanden sey, wie das Gesetz sie als Regel zum Grunde legt. Und dann ist es natürlich, daß die Strafe in eben dem Grade gelinder werden müsse, als die Gewalt aufhört, beträchtlich zu seyn. Ist gar keine Gewalt da, dann geht die Missethat in eine minder strafbare Art über. Ausserehlicher Beyschlaf wird Nothzucht, wenn damit Gewaltthätigkeit verknüpft wird, aber es ist nur einfache Schändung, wenn diese abwesend ist. Der Diebstal geht in eine schwerere Gattung über, wenn der Dieb Gewalt braucht, oder befürchten läßt, gehört zu dem einfachen, wenn diese letzte wegbleibt, vorausgesetzt, daß kein anderer beschwerender Umstand eintritt. Wenn aber Gewalt jedoch in einem geringern Grade angewandt wird, so existirt zwar die Idee einer gewaltthätigen Handlung, aber sie erscheint in einem gelindern Lichte, folglich muß in eben dem Verhältnisse die ordentliche Strafe sinken. Die Gesetze nehmen in einer doppelten Rücksicht die Gewalt als den Hauptmaasstab der Strafe an. Entweder setzen sie voraus, daß wirkliche Gewalt ist gebraucht worden, und messen darnach die Größe des Strafübels ab. Dieß tritt bey der Nothzucht und allen benannten und unbenannten Arten von Gewalt ein. In solchen Fällen mildert geringere Gewalt allerdings die Strafe. Oder sie nehmen die Furcht derselben als den Hauptpunct an, wonach sie die Grösse der Strafe bestimmen, wie dieß z. B. bey dem gefährlichen Diebstale der Fall ist. Alsdann wird ein geringerer Grad dieser Furcht einen vorzüglichen Milderungsgrund abgeben.

IV. In

IV. In verschiedenen Puncten sieht das Gesetz nicht allein auf den Schaden der ganzen Gesellschaft, sondern es bestimmt zunächst die Strafe nach dem Nachtheile oder dem Unrechte, das dem Beleidigten zugefügt wird, es mag nun dieses das Vermögen oder die Ehre betreffen. Dieß äussert sich bey Diebstälen, Injurien, Ehebruch, Entführung u. a. m. Unter einer solchen Voraussetzung was ist wohl natürlicher, als daß die Strenge des Gesetzes gedämpfet wird, wenn der Schaden oder das Unrecht in einem speciellen Falle geringer als gewöhnlich ist? Aber blos in solchen Fällen, wenn der Hauptgrund der Strafe im Nachtheile und der Kränkung des Beleidigten bestehet, kann eine Abweichung von der Regel angenommen werden. Und dieses ist nur mit der Einschränkung zu behaupten, daß die Strafe nicht ganz aufhören dürfe, wenn der Schaden auch ganz gehoben ist. Denn er ist zwar der hauptsächliche, jedoch nicht einzige Grund der Bestrafung.

§. 82.

Kann der vom Verbrecher gezogne Vortheil auf die Grösse der Strafe Einfluß haben?

V. Kann auch der Punct in Erwägung kommen, daß der Verbrecher weniger Vortheil zog, als gewöhnlich, oder als er hätte ziehen können? Ich glaube nicht. Denn der Schaden eines Verbrechens wird am wenigsten danach ermessen, welchen Vortheil dessen Urheber genossen hat. Der Regel nach kömmt es gar nicht darauf an, ob

dieser überhaupt einen Nutzen davon hatte, oder nicht. Nur einige Verbrechen sind es, welche die Absicht eines Gewinns, wie z. B. der Diebstal oder jene eines Vergnügens, wie die Entführung, zu ihrem Wesen erfodern. Und auch bey diesen kömmt es nicht darauf an, ob der Nutzen oder das Vergnügen wirklich erfolgte. Also wird noch weniger bey andern Verbrechen dieser Punct in Erwägung kommen. Denn der Begriff des Verbrechens ist immer vollkommen, der Vortheil des Verbrechens mag seyn welcher er immer will. Auch die gesetzlichen Bedingungen der ordentlichen Strafe werden durch diesen Umstand gar nicht geändert, wenn die That einmal vollkommen existirt. Doch bestimmt in einem oder dem andern Falle die Grösse des gezogenen Vortheils die Idee der Missethat. Ob ein grosser oder geringer Diebstal vorhanden ist, wird nach der Summe ermessen, die der Dieb entfremdete. Hier wird freylich der Dieb gelinder gestraft, wenn er weniger stal, weil er einen geringen Diebstal begieng. Aber auch hier kommt es darauf an, wie viel er von dem fremden Vermögen entzog, nicht wie viel er gerade Vortheil von seiner That hatte. Der Dieb kann die gestohlne Waare um ein geringes Geld verkaufen, muß er darum weniger gestraft werden? Ueberhaupt muß man bey dieser ganzen Untersuchung den Schaden, den der Beschädigte leidet, von dem Vortheile absondern, den der Missethäter zog. Der erste bestimmt die Art und die Grösse der Handlung, hat auch zu Zeiten auf die äussere Strafbarkeit Einfluß. Aber der Vortheil, den der Verbrecher zog, ist eine so zufällige Sache, daß es bey

Be-

Bestimmung der äußern Strafbarkeit und innern Zurechnung gar nicht darauf ankommen kann. Nichts desto weniger läßt Stelzer *) diesen Punct als eine Milderungsursache gelten, weil der Verbrecher dem Staate weniger schädlich und gefährlich sey, wenn er geringern Vortheil suchte. Aber er vermischt den Nachtheil des Beschädigten und den Nutzen welchen der Verbrecher genoß. Der erste kann unter den Schranken, die oben vorkamen eine Milderung wirken; aber der zweyte allein betrachtet, gewiß nicht. Wollte man den letzten als einen Grund annehmen die Strafe herabzusetzen, so würden jene Verbrechen gar nicht zu bestrafen seyn, die gar keinen Vortheil gewähren; so würde der Dieb nicht können bestraft werden, wenn ihm die gestolne Waare von einem dritten wieder genommen ward, oder er sie verliert, dies wird wohl niemand behaupten. Gedachter Schriftsteller sagt ja in der Folge selbst **), die Strafe werde eher erhöht als gemildert, wenn der Verbrecher eine ihm unbrauchbare Sache wegnahm, da er geringere Beweggründe zu seiner That gehabt habe. Auch dem Falle legt Stelzer ***) eine mildernde Kraft bey, wenn der Verbrecher durch seine That an seinem Vermögen ist beschädiget worden. Aber auch dieser Umstand ist zu zufällig, als daß er auf die Strafbarkeit einen entscheidenden Einfluß haben könnte. Denn es folgt gar nicht daraus,

*) Grunds. d. p. R. Kap. 10. §. 15. 16.

**) a. a. O. §. 28.

***) Ebend. §. 89.

daraus, daß der Verbrecher dadurch gewarnet werde, also eine geringere Strafe nöthig sey, ihn von fernern Vergehungen abzuhalten. Dieser Umstand hat keine andere Wirkung, als daß man künftig mehrere Vorsicht bey seinen Verbrechen anwendet, um den erlittenen Schaden wieder zu ersetzen.

b) Unschädlichkeit des Verbrechens. Beförderung des allgemeinen Nutzens durch dasselbe.

§. 83.

Wirkung der Unschädlichkeit der Missethat, 1) wenn die Idee ganz vorhanden ist,

Wenn das Verbrechen jenen Schaden nicht wirkte, der von dieser Art Handlungen zu befürchten ist; so existirt auch gewöhnlich der Begriff der Missethat nicht. In so fern läßt sich freylich die ordentliche Strafe nicht gedenken. Denn da der Schaden die Gattung und Art der strafbaren Handlungen bestimmt, so macht seine Abwesenheit, daß jene Missethat nicht existirt, zu deren Vollendung die Strafe erfodert wird. Also fehlt es an der ersten Bedingung, ohne welche sich die Strafe des Gesezes nicht gedenken läßt. Wenn ich Jemanden Gift gebe, dieses aber gar nicht schadet, so ist der Begriff einer vollendeten Giftmischung nicht vorhanden. Es ist kein Todschlag, wenn ich den andern zwar verwunde, in der Absicht ihn zu tödten, dieser aber mit dem Leben davon kömmt. Gewöhnlich tritt der Begriff des nächsten Versuches ein, wenn man von seiner Seite die Haupthand-

lung anfängt und alles thut, um sie zu vollziehen, aber gar kein Schaden daraus entsteht. War hingegen die That zwar schädlich, jedoch nicht in dem Grade wie es der Verbrecher wünschte, so ist nur jener Schaden zu bestrafen, der wirklich existirt, und noch ein Zusatz zur Strafe hinzuzufügen, weil der Versuch eines grössern Verbrechens hinzu kömmt. Der Verwunder, welcher einen Todtschlag wollte, aber nur eine Wunde zufügte, wird nur mit der Strafe einer Verwundung belegt, und jene durch einen Zusatz geschärft, weil diese auch Versuch des Todschlags war. Tritt also der Fall ein, daß ein Verbrechen ganz unschädlich ist, und darin der Grund liegt, weswegen die Idee der That nicht existirt: so muß natürlicherweise die Strafe fallen, und nur jene des Versuches eintreten, weil keine vollendete Handlung der ordentlichen Strafe nicht vorhanden ist. Dieß wird allezeit anzunehmen seyn, wenn eine That zu ihrer Vollendung wirklichen reelen Schaden erfodert, der aber in einem oder dem andern Falle nicht erfolgte.

§. 84.

2) wenn der Begriff der That vollkommen da ist.

Aber alsdann müssen andere Grundsätze aufgestellt werden, wenn der Begriff der Handlung ganz existirt, aber kein Schaden daraus erfolgte. Dann kömmt es nicht auf den Nachtheil an; auch ohne ihn ist die That vollkommen, also existiren auch die Bedingungen ganz, welche zur vollen Strafe erfodert werden; und läßt sich kein

kein Milderungsgrund gedenken, wenn auch die That nicht vollkommen schädlich war. Denn bey Verbrechen solcher Art, die auch ohne wirklichen Schaden vollendet sind, wird mehr auf die Gefahr als diesen letzten Rücksicht genommen. Wenn ich gegen den Staat mich verschwöre, einen Anfall gegen die Staatsverfassung unternehme, so ist meine That vollendet, wenn auch kein Nachtheil erfolgt ist. Nicht dieser sondern die Gefahr wird zur Vollendung erfodert. Hier kann die Unschädlichkeit der Handlung nicht als Milderungsgrund in Betracht kommen, wenn nicht nur die Missethat sondern auch der Hauptpunct existirt, der zunächst die Strafe bestimmt. So wird die Entführung vollkommen gestraft, wenn schon die Entführte ohne Schaden befreyt ward. So wird der Plagiar mit der vollen Strafe belegt, wenn schon der von ihm unterdrückte Mensch nach einer kurzen Zeit wieder in Freyheit gesetzt wird. So trift die volle Strafe den Brenner, wenn das Haus, woran das Feuer gelegt ward, nur wenig zu brennen anfieng, das Feuer aber gleich wieder ausgeht. Und doch ist in allen diesen Fällen die That ganz, oder doch größtentheils unschädlich, aber demungeachtet vollendet *). Der Hauptschaden, welcher die Eigenschaft eines Verbrechens wirkt, ist hier vollkommen da, nämlich die Kränkung des gesetzlichen Ansehens, die

 Ueber-

*) Stelzer Kap. 10. §. 29. 30. macht einen Unterschied, ob die That nothwendig oder zufällig unschädlich sey, und nimmt daraus bald geringere bald größere Milderung an. Aber ich halte dafür, daß man eher den bisher ausgeführten Unterschied als die Stelzerische Distinction zum Grunde legen müsse.

Ueberschreitung des Strafverbots; und in dieser Hinsicht ist ein unschädliches Verbrechen ein Widerspruch, der in sich zerfällt. Dieser Punct fällt nicht weg, wenn auch der Verbrecher seine That in der Ueberzeugung Niemanden zu schaden unternahm, wenn er auch glaubte, der Gesetzgeber würde die That unter den Umständen nicht verboten haben, wenn er sie vorgesehen hätte. Es ist genug, daß die That verboten ist, und ihr Urheber es einsieht; dieß verbindet ihn zur Unterlassung. Es würde übel mit dem gesetzlichen Ansehen stehen, wenn jedem Unterthanen erlaubt wäre, den Grund der Gesetze zu prüfen, und dann eine sonst verbotene Handlung zu begehen, wenn er glaubt, der Grund des Gesetzes trete in gegenwärtigem Falle nicht ein. Dieß würde unendliche Veranlassung geben, der Befolgung der Gesetze auszuweichen. Sollte der Verbrecher keine hinlängliche Kenntniß des Strafverbots haben, und seine That für erlaubet halten, dann treten die Grundsätze von Unwissenheit und Irrthume ein.

§. 85.

Einfluß des Vortheils, den ein Verbrecher durch seine That stiftete, auf dessen Strafbarkeit 1) nach der Natur der Sache,

Wie wenn aber die Missethat einen solchen Ausgang hat, daß sie dem Staate einen Vortheil bringt? Es correspondirt Jemand mit dem Feinde, um ihm eine Festung in die Hand zu liefern, redet mit ihm Tag und Stunde

des

des Ueberfalls ab, aber die Sache läuft so glücklich ab, daß der Feind geschlagen wird. Oder ein Mensch wird getödtet, und es entdeckt sich, daß er ein grosses Verbrechen würde begangen, vielleicht gar einen Hochverrath ausgeführt haben. Sollte der glückliche Ausgang des Verbrechens nicht ein Grund seyn, die Strafe zu mildern? Es kömmt darauf an, ob es im Willen des Verbrechers lag, eine zwar an sich verbotene Handlung zu begehen, aber dem Staate zu nützen oder nicht. Im ersten Falle ist der Dolus offenbar geringer, als gewöhnlich. Man weiß zwar, daß die That an und für sich unerlaubt sey, aber man hat die Absicht nicht, die Gesetze aus Bosheit zu überschreiten, sondern man will dem Staate dadurch nützlich werden. Durch die Absicht diesen Vortheil zu befördern wird ein Theil des Vorsatzes aufgewogen, das Gesetz zu überschreiten. Also muß man hier geringere Strafbarkeit annehmen, und ein Viertel oder Drittel der gewöhnlichen Strafe nachlassen. Grösser darf die Milderung nicht seyn; denn der Verbrecher mußte wissen, daß die That unerlaubt bleibe, daß man sie auf keinen Fall begehen dürfe, und es immer dem Zufalle unterworfen sey, ob der Nutzen erfolge oder nicht. Sollte aber die That den Vortheil nicht gewähren, den ihr Urheber stiften wollte: so haben wir ein Verbrechen, was mit voller Kenntniß seiner Strafbarkeit begangen ward. Wenn aber diese Abwesenheit des Vortheils ein bloßer Zufall ist, so kann er auf die grössere oder geringere Strafbarkeit keinen Einfluß haben, sondern es bleibt bey obengemeldeter Milderung, es wäre denn, daß der Nu-

 zen

tzen durch die Culpa des Verbrechers nicht einträfe. Dann wird wegen dieser hinzukommenden Culpa entweder die ordentliche Strafe Platz greifen, oder doch nur eine geringe Milderung statt finden. Alles bisher gesagte steht, wie ich glaube, in keinem Widerspruche mit jenem, was ich von einem unschädlichen Verbrechen oben behauptete, bey dem ich der Regel nach gar keine Milderung annahm. Denn derjenige verdient offenbar etwas mehr Nachsicht, der seine That nicht nur für unschädlich hielt, sondern auch dem Staate dadurch vortheilhaft werden will. Deswegen ertheilte ich dem ersten keine, dem zweyten eine eingeschränkte Verminderung der Strafe. Wenn aber der Verbrecher keine Absicht hat, durch sein Verbrechen zu nützen, so läßt sich auch keine Milderung gedenken. Wenn er vollen Dolus hatte, auch seine That ganz existirt, dann sind auch die gesetzlichen Bedingungen der ordentlichen Strafe vollkommen da, und es läßt sich kein Grund, die Strafe zu mildern, gedenken, wenn auch zufälligerweise ein Nutzen daraus entstehen sollte. Denn der zufällige Vortheil ist dem Staate nicht so wichtig, als ihm der Schaden empfindlich ist, der aus der Verletzung der Gesetze entspringt. In einem solchen Betrachte kann man ein Verbrechen, das dem Staate nützlich ist, für ein Unding halten, was sich selbst widerspricht.

§. 86.

2) nach positiven Gesetzen

In Anbetracht der bisher erörterten Puncte ist das positive Recht nicht ganz still, sondern die römische Ge-

setz-

setzgebung erklärt sich in L. 5. §. 8. D. de re milit. *) hierüber. Aber die ganze Sache scheint mehr eine Gnade des Kaisers Hadrian als ein allgemeines Gesetz zu seyn, was den Richter in allen vorkommenden Fällen verbände, welche Meinung, daß es nicht von künftigen Fällen gemeynt sey, aus den Schlußworten einigermaßen erhellet. Strenger ist L. 3. §. 15. D. eod. **). Aber auch dieß Gesetz ist keine allgemeine Regel, sondern muß aus dem Gesichtspuncte strenger militärischer Subordination erklärt werden. L. 27. §. 28. D. ad L. Aquil ***) hebt die Klage aus dem aquilischen Gesetze auf, wenn der Beschnittene im Werthe gestiegen ist; denn es ist nunmehr kein Schaden vorhanden. Aber da die Castration doch als Injurie oder Policeyverbrechen betrachtet wird, und dabey der grössere Werth nicht in Betracht kommen kann; so wird die Injurienklage oder jene aus dem Edicte der Aedilen verliehen. Der glückliche Ausgang der That hebt also zwar eine Gattung von Verbrechen auf, hindert aber nicht, daß die Handlung von einer andern Seite als unerlaubt betrachtet und bestraft wird. Uebrigens erklären sich alle diese Gesetze nicht, ob sie von dem

 Falle

*) Qui transfugit, et postea multos latrones apprehendit, et transfugas demonstravit, posse ei parci D. Hadrianus rescripsit; ei tamen pollicenti ea, nihil permitti oportere.

**) In bello, qui rem a duce prohibitam fecit, aut mandata non servavit, capite punitur: etiamsi res bene gesserit.

***) Et si puerum quis castraverit, et pretiosiorem fecerit, Vivianus scribit, cessare Aquiliam; sed injuriarum esse agendum, aut ex edicto Aedilium in quadruplum.

Falle zu verstehen seyen, wenn der Verbrecher sich den Nutzen als Zweck vorsetzte, oder wenn er ohne die Absicht des Verbrechers entstand. Das canonische Recht *) nimmt der Regel nach gleiche Strafbarkeit an, wenn ein Verbrechen auch eines unerlaubten Zwecks wegen ist verübet worden. Und dieß stimmt auch mit den Grundsätzen dieses Rechtstheils überein. Unerlaubte Handlungen werden auch größtentheils aus dem Gesichtspuncte der Sünden betrachtet, und bei diesen läßt es sich mit Gewißheit behaupten, daß auch der beßte Zweck sie nicht rechtfertige.

c) Schadensersatz, Vergleich, Compensation.

§. 87.

Wann wirkt Schadensersatz geringere Strafe?

Wenn der Schaden des Verbrechens unersetzlich ist, so läßt sich kein Ersatz, folglich keine Milderung gedenken. Eben so fällt diese letzte dahin, wenn bey Bestimmung der Strafe gar keine Rücksicht auf den Nachtheil des Beleidigten genommen wird. Wenn aber der obengedachte Punct der Hauptmaasstab der Strafe ist, muß die Vergütung des Schadens in Betracht gezogen werden. Dieß trift ein, wenn der Nachtheil des Verbrechens 1) zu ersetzen und 2) grösser ist, als der Angriff gegen die ganze Gesellschaft. Verfälschungen und einfache Diebstäle liefern hiezu die Beweise **). Unter diesen Voraus-

*) C. 2. X. de sortileg. C. 4. X. de usur. C. 3. X. ne clerici vel monachi secul. negot. se immisc.

**) Westphal Anm. 35.

aussetzungen muß jeder Ersatz des Schadens in Betracht kommen. Denn wird der Beschädigte schadlos gehalten, so sinkt, der Hauptumstand, der die Grösse der Strafe zunächst bestimmt, also wird es eben so natürlich seyn, daß auf eine Milderuug derselben muß erkannt werden. Es kömmt bey Entscheidung eines Falles nicht auf den Schaden an, wie er vom Anfange war, sondern wie er zur Zeit des Urtheils ist. Denn wird ein Theil des Schadens ersetzt, so ist es, als wenn vom Anfange weniger wäre geschadet worden. Aber daraus folgt noch nicht, daß alle Strafe wegfallen müsse, wenn auch der Schaden ganz ersetzt wird. Dieser ist zwar ein hauptsächlicher, jedoch nicht der einzige Maasstab der Strafe, sondern es wird nebstdem noch auf die Verletzung der gesellschaftlichen Ordnung und den Angriff gegen den Staat Rücksicht genommen. Dieser Punct kann nicht vernichtet werden, wenn auch der Beschädigte volle Vergütung des Schadens erhalten sollte. Also muß noch einige Strafe wiewohl in geringerm Grade statt finden.

§. 88.

In welchem Grade ist diese Milderung anzunehmen?

Die Herabsetzung der Strafe aber, die durch den Ersatz des Schadens bewirkt wird, kann nicht allezeit im nämlichen Grade statt finden. Erstens kömmt es auf die Grösse des Schadensersatzes an. Je weniger Nachtheil der Beschädigte durch das Verbrechen leidet, desto mehr sinkt der Hauptmaasstab, also die Grösse, der Strafe.

Zweytens wird auch die Art zu betrachten seyn, wie der Beleidigte schadlos gestellt wird. Thut es der Verbrecher freywillig, so zeigt er ein Bestreben, die Folgen seiner That so viel möglich zu heben; so beweiset er dadurch Reue, die zwar an und für sich wenig Wirkung hat, aber doch eben deswegen in einigen Betracht kömmt, weil sie dazu beyträgt, daß der Hauptumstand des Verbrechens ganz oder zum Theil gehoben wird. Diese Verbindung von Umständen hat allerdings die Wirkung, daß bey gleichem Schadensersatze derjenige etwas gelinder behandelt wird, der sich freywillig dazu versteht; da hier zwey Puncte zusammentreffen, die Schadloshaltung nämlich und das Freywillige derselben, was Reue und Achtung gegen die gesellschaftliche Ordnung vermuthen läßt. Dagegen verdient der Verbrecher weniger Nachsicht, wenn er den Schaden seiner That gezwungen ersetzt, es mag nun seyn, daß Privatgewalt des Beleidigten oder Urtheil des Richters ihn dazu verleitete. Der Hauptumstand der Missethat ist auch hier gehoben, aber nicht auf eine für dessen Urheber so vortheilhafte Weise, wie im vorigen Falle. Hat sich dieser zur Entschädigung zwingen lassen, so ist es für ihn eben kein grosses Verdienst, so zeigt er auch nach dem Verbrechen wenige Achtung gegen die Gesetze und Rechte seiner Mitmenschen; also kann auch die Milderung der Strafe nicht so groß seyn. Zwischen beyden gedachten Fällen liegt der dritte in der Mitte, wenn der Verbrecher nach angestellter Untersuchung den Schadensersatz zwar freywillig aber aus Furcht der Strafe leistet. Ein solcher verdient

zwar die Nachsicht nicht, die der ganz freywilligen Entschädigung angedeihen muß. Doch kann man ihn auch jenen nicht gleich stellen, der sich ganz und gar dazu hat zwingen lassen. Noch geringer muß wie ich glaube die Milderung der Strafe seyn, wenn der Schaden ohne alles Zuthun des Verbrechers von einem dritten ersetzt wird. Eine leichte Betrachtung ergiebt, daß diese Entschädigung in Ansehung des Verbrechers noch zufälliger ist, noch weniger für oder gegen das Gemüth desselben schließen läßt. Diesem zufolge würde ich drey Viertel von der Strafe nachlassen, wenn der Schaden von dessen Urheber freywillig, vor der Untersuchung, und ganz zurück gegeben worden ist: die Hälfte der Strafe, wenn die Vergütung des Nachtheils nach angestellter Untersuchung geschah, ein Drittel, wenn sie herausgezwungen ward, ein Viertel, wenn ein dritter ohne Zuthun des Verbrechers den Nachtheil ersetzet hat. — Die positive Gesetzgebung erklärt sich nicht bestimmt, wann und wie der Schadensersatz mildere. Doch kann aus der ganzen Analogie der Gesetzgebung geschlossen werden, daß dieser Punct alsdann eine mildernde Kraft haben müsse, wenn der Schaden den Hauptumstand der Strafe ausmacht. Vom Diebstale sagt es der 160. Art. ausdrücklich, man soll ermessen, wie schädlich dem Beschädigten der Diebstal seyn möge, und die Strafe danach an Leib oder Leben bestimmen. Daraus ergiebt sich die natürliche Folge, daß der Ersatz des Schadens einen Einfluß haben müsse, da er Ursache ist, daß der Beschädigte weniger leidet. Und dieses folgt schon im allgemeinen aus dem Umstande, daß man

man bey verschiednen Verbrechen die Summe des Schadens berechnen soll *), wo dann der Ersatz diese Summe mindert.

§. 89.

Einfluß des Vergleichs auf Verminderung der Strafe.

Diese Grundsätze finden bey allen Arten von Schadensersatze statt, worunter man zuerst den Vergleich rechnen kann. Darunter wird nicht allein ein Vertrag über eine zweifelhafte Sache verstanden, sondern das Wort von jeder Uebereinkunft zwischen dem Verbrecher und Beschädigten genommen, wodurch der erste schadlos gestellt, oder überhaupt der Nachtheil des Verbrechens gehoben wird. Da Privatpersonen über die öffentliche Strafe nichts verfügen können, so ist natürlich, daß ein Vergleich ohne Wirkung seyn müsse, wenn er unmittelbar über diese geschlossen wird. Sondern nur über den Schadensersatz kann ein Vertrag zwischen dem Verbrecher und Beschädigten eingegangen werden. Ueber diesen Gegenstand können Privatpersonen schalten und walten. Eine solche Uebereinkunft hebt den Privatnachtheil, und mildert mittelbarerweise die Strafe. Denn nimmt man an, daß in einigen Fällen der Nachtheil des Beschädigten der Hauptmaasstab der Strafe sey, so muß man zugeben, daß um so mehr das Uebel der Strafe sinken müsse, je mehr der Nachtheil aufhört. Alles dies muß auch bey einem

*) Art. 112. 113.

einem Vergleiche eintreten, der also mittelbaren Einfluß auf die Strafe in allen Fällen haben muß, wo man dem Schadensersatze einige Wirkung beylegt *).

§. 90.

Römisches Recht. L. 18. C. de transaction.

Das römische Recht stellt in der L. 18. C. de transact. den allgemeinen Grundsatz auf: Transigere vel pacisci de crimine capitali excepto adulterio prohibitum non est; in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem **). Der Grund, warum es unsträflich ist, bey Capitalverbrechen einen Vergleich zu schließen, wird angegeben in L. 1. D. de bon. eor. qui ante sentent. nam ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemtum voluit. In nicht Capitalfällen ist ein Vergleich unerlaubt ***), und die Folge davon wird in L. 4. D. de jure

*) Paalzow compend. jur. crimin. §. 166. Stelzer Kap. 10. §. 22. Böhmer ad Carpzov qu. 148. obs. 3. Engau de transactione cum laeso inita poenam criminalem temperante Ienae 1746. Quistorp §. 103. 104.

**) Noodt in Diocletiano et Maximiano seu de transactione et pactione criminum C. II. hält dieß Gesetz für eine specielle Verordnung auf die geschehene Anfrage; aber dessen Grund sowohl als auch dessen Aufnahme in ein allgemeines Gesetzbuch lassen das Gegentheil schließen.

***) L. 4. §. 5. D. de his qui not. inf. Item si qui furti vi bonorum raptorum injuriarum de dolo malo suo nomine damnatus pactusve erit, simili modo infames sunt.

jure fisci *) noch deutlicher ausgedrückt. Die Ursache dieser Verordnungen ist nach der L. 5. D. de his qui not. infam. quoniam intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur. Aber nicht jeder Vergleich ist untersagt, sondern nur jener, wenn man einem Geld gegeben hat, um ihn von der Anklage abzuhalten **). Ist die Anklage einmal angestellt, so kann der Ankläger ohne Abolition zu erhalten nicht von der Anklage abstehen, sonst hat er nebst der Infamie noch andere Strafen zu erwarten ***). Aus diesen Gesetzen ergeben sich folgende Schlüsse: 1) Das römische Recht spricht in allen gedachten Stellen von einem Vergleiche zwischen dem Ankläger und Angeklagten. Dieß erweiset nicht nur der Grund, weswegen in Capitalfällen ein Vergleich geduldet wird, sondern es folgt auch aus den Worten verschiedner Gesetze selbst †). 2) Ein Vergleich zwischen dem Ankläger und Angeklagten war alsdann erlaubt, wenn der zweyte dem ersten weder Geld noch Geldeswerth gab. Nun dürfte der Ankläger nie von der einmal angestellten Anklage wieder abgehen, wenn

*) In fiisci causis pacti cum delatoribus pro confessis habentur, si modo pretium vel modicum dederunt.

**) L. 6. §. 3. de his, qui not. inf. L. 18. C. ex quib. caus. infam. irrog.

***) L. 2. C. ad Sct. Turpill. L. 7. D. eod. L. 6. §. 3. D. de decurion. L. 3. §. 3. D. de praevaric.

†) Die L. 7. de praevar. sagt: in omnibus causis, praeterquam in sanguine qui delatorem corrupit, ex Scto pro victo habetur. L. 1. D. de bon. eor. qui ante sent. spricht von einer corruptione adversarii; L. 10. C. ad L. Iul. de adult. redet vom accusatore praevaricatore, et defugiente veritatis inquisitionem.

wenn es ihm nicht vom Richter gestattet wird; also muß ein solcher Vergleich nur erlaubt gewesen seyn, ehe die Anklage angestellt ward *). Hierin weiche ich von der Meinung Noodts **) ab, welcher behauptet, der Vertrag sey unerlaubt, daß man ein Verbrechen nicht anklagen soll, das Versprechen, eine künftige Anklage zu unterlassen sey allezeit strafbar. Aber die Gesetze ***), die er zum Beweise anführt, erweisen es nicht. Denn sie sprechen erstlich von einem Vergleiche, in welchem eine Leistung vom Angeklagten versprochen wird. Also gehen sie nicht auf den Vertrag, welchen man umsonst schließet, und dann sagen die Gesetze von Capitalfällen allgemein, man dürfe einen Vertrag oder Vergleich schließen. Da nun von einer angestellten Anklage nicht mehr kann abgegangen werden, so läßt sich nur vor der Anklage eine Uebereinkunft treffen. 3) Ein Vergleich, mit welchem eine Leistung verbunden ist, schadete der Ehre des Angeklagten oder Verdächtigen. Denn man glaubte, er thue es aus Gewissensbissen wegen einer begangnen That, und erklärte ihn geradezu für geständig und überwiesen. Dieser Grundsatz hatte seinen besondern Grund in der Verfassung fiscalischer Sachen, und der Bemühung der Kaiser, den Fiscus

*) Dieß ergeben auch die Worte L. 6. §. 3. D. de his qui not. infam. alioquin et qui precibus impetravit, ne secum ageretur, erit notatus.

**) a. a. O. C. 6. 7.

***) L. 7. §. 16. D. de pactis. L. 9. C. de contrah. et commit. stipul. L. 3. C. ad SC. Turpill.

Fiscus zu bereichern, was wir heut zu Tage nicht mehr anerkennen *).

§. 91.

Fortsetzung.

Darin aber stimme ich mit Noodt **) überein, daß ein Vergleich zwischen dem Ankläger und Angeklagten nicht rechtmäßig und erlaubt, sondern nur geduldet war. Denn da öffentliche Strafen der Willkühr der Privatpersonen nicht unterworfen seyn können, so kann auch der Verbrecher sich mit dem Ankläger nicht so vergleichen, daß die Strafe dadurch soll gehoben oder gemildert werden. Ein solcher Vergleich wirkte der Regel nach so viel, daß der Verdächtige für geständig und überwiesen, wie auch für ehrlos gehalten ward. Nur in einigen Fällen fielen die nachtheiligen Folgen weg, 1) in Capitalverbrechen, 2) wenn mit dem Vergleiche keine Leistung verbunden war. Deswegen war aber der Vergleich in diesen letzten Fällen nicht rechtmäßig, sondern nur geduldet. Der Vergleich mochte aber ausfallen wie er wollte, so konnte der Ankläger nie wieder anklagen, wenn er sich einmal verglichen hatte ***). Dieß hinderte aber keinen andern, die Anklage dieses Verbrechens zu unternehmen †). Ob auch der Ankläger könne bestrafet werden,

*) Quistorp §. 103.

**) a. a. O. C. 8.

***) L. 2. D. ad SC. Turpill.

†) L. 5. ad L. Iul. de vi publ. Noodt C. 11.

den, wenn er sich verglichen hatte, ist zweifelhaft. Dies ist offenbar zu bejahen, wenn der Vergleich nach der angestellten Anklage war eingegangen worden. Eben so ist die Entscheidung zu fassen, wenn vor dem Anfange des Processes die Uebereinkunft getroffen war, aber ein Verbrechen betrift, das nicht capital ist, und das Versprechen etwas zu leisten in sich faßte. Aber wenn und wie es dem Angeklagten hingieng, sich zu vergleichen, in solchen Fällen läßt sich auch bey dem Ankläger keine Strafe gedenken. Denn die L. 18. C. de transact. ist ganz allgemein, nennt keine Person, schließet also den Ankläger nicht aus, und damit stimmt auch Ulpian *) überein. Noodt **) will zwar allezeit den Ankläger gestraft wissen, wenn er vor oder nach der Anklage Geld nehmen würde, um von der Anklage abzustehn; aber diese ganz allgemeine Behauptung beweisen die Gesetze ***) nicht, die er anführt. Sondern sie sind erstlich auf nicht capitale Verbrechen, oder zweytens auf den Fall einzuschränken, wenn das Nehmen des Geldes in ein anders Verbrechen z. B. Concussion, Calumnie, oder crimen repetundarum übergeht. In Capitalfällen kann derjenige nicht ge-

*) L. 1. §. 1. 3. D. de calumniat. Gleicher Meinung ist Hommel de transactione super omittenda criminis capitalis accusatione actori illicita Lips. 1750. §. 12. Voet Comment. ad Pand. L. II. Tit. 15. n. 19.

**) C. 12.

***) L. 6. §. 2. D. ad L. Iul. repetund. L. 2. D. de concuss. L. 1. §. 1. D. de calumniat.

gestraft werden, der Geld nimmt, um eine künftige Anklage zu unterlassen. Daß in L. 18. C. de transact. die Worte excepto adulterio nicht von den Verfassern des Gesetzes herkommen, sondern ein späterer Zusatz seyen, der aus der L. 10. C. ad L. Iul. de adulter. herfließe, hat zwar Noodt *) behauptet, aber richtiger ist Hommels **) Meinung, daß vor Constantin der Ehebruch von verschiedenen Kaisern mit dem Tode belegt ward, also die gedachten Worte wohl von Diocletians und Maximians Hand seyn können. Warum aber der Ehebruch eine Ausnahme machen soll? Ich halte dafür, weil die Begünstigung desselben so leicht als Kupplerey lenocinium betrachtet, also ein Vergleich darüber für unerlaubt gehalten wird. Uebrigens hat diese ganze Untersuchung mehr theoretischen als practischen Nutzen und gehört, wenn man die Sache ganz genau nimmt, nicht hieher; ich glaubte aber doch zur Vollständigkeit des Ganzen hier etwas davon sagen zu müssen.

Der Vergleich zwischen dem Beschädigten und Verbrecher ist allerdings erlaubt ***), und hebt nach römischem Rechte die Klage auf Schadensersatz und Privatstrafe †). Aber dieß kann bey uns nicht ganz eintreten. Denn

*) C. 15 — 19.

**) a. a. O. §. 6.

***) L. 7. §. 14. D. de pactis.

†) L. 54. §. 5. D. de furtis. Si tutor, qui negotia gerit, aut curator transegerit cum fure, evanescit furti actio.

Denn der Diebstal ist ein öffentliches Verbrechen, es kann also nicht alle Strafe aufhören, wenn auch aller Schaden ersetzt wird. Vom Vergleiche zwischen dem Richter und Verbrecher wird an einem andern Orte die Rede seyn.

§. 92.

Wann Compensation geringere Strafe hervorbringe.

Was von einem Vergleiche gilt, kann fast alles auf Compensation angewandt werden. Wenn zwey das Gesetz überschreiten, so kann ein doppelter Fall statt finden, das Verbrechen des einen hat keinen Bezug auf jenes des andern; dieser Fall gehört nicht hieher. Denn hier bleibt jede That für sich strafbar, ohne daß das Verbrechen des ersten auf jenes des zweyten einen Einfluß behaupten könnte. Aber wenn zwey sich wechselseitigen Schaden oder Unrecht durch Missethaten zufügen, oder der Verbrecher eine gegründete Foderung an den Beschädigten macht, dann entsteht die Frage, was hat die That des einen für eine Wirkung auf jene des andern? was nützt es dem Verbrecher, daß er an dem Beschädigten sonst etwas zu fodern hat? Darin wird man leicht übereinkommen, daß die wechselseitige Pflicht zur Entschädigung ganz oder zum Theil könne gehoben werden, wenn beiderseitige Verbindlichkeiten zum nämlichen Geschlechte gehören. Wenn zwey einander verwunden, oder etwas verderben, so ist jeder den andern zu entschädigen verbunden, diese Pflicht gehört zum nämlichen Geschlechte, kurz es sind alle Er-

foderniſſe einer Abrechnung da*). Wenn aber einer den andern beſchimpft, und dieſer jenen beſtielt; ſo kann keine Campenſation ſtatt finden **). Eben ſo richtig wird der Gegenſatz ſeyn, daß die Verbindlichkeit zur öffentlichen Strafe nicht durch Compenſation kann gehoben werden***). Denn hier iſt kein wechſelſeitiger Gläubiger und Schuldner da, ſondern beyde ſind zur Strafe gehalten, dieſe Pflicht müſſen ſie nicht einander wechſelſeitig, ſondern beyde zuſammen einem Dritten, nämlich dem Staate leiſten †). Wenn aber beſtimmt werden ſoll, ob die

*) C. 7. X. de adult. L. 10. §. 2. D. de compenſat. L. 7. D. de action. rer. amot. L. 52. ad L. Aquil. L. 39. D. ſolut. matrim. Die L. 38. §. 2. D. de nox. action. ſteht nicht entgegen, denn im Falle des gedachten Geſetzes hatte einer actionem furti, der andere actionem noxalem, konnte alſo wegen den verſchiednen Verbindlichkeiten keine Compenſation ſtatt finden. Der Grundſatz des bürgerlichen Rechts in der L. 36. D. de dolo geht blos auf bürgerliche Sachen, wohin auch L. 4. §. 13. D. de dol. et dol. mal. except. L. 154. D. de reg. jur. L. 7. §. 3. D. quod vi aut clam L. 2. §. 15. D. ne quid in loco pub. gehören.

**) Verſchieden von dieſem Falle iſt die Frage, in wiefern Mitverbrecher oder gegenſeitige Miſſethäter unter ſich eine Klage haben, was Baſtineller de pari turpitudine Wittenb. 1734. weitläuftig unterſucht, deſſen weitere Erörterung hieher in die Lehre von Strafen nicht gehört.

***) Kapf ſeu pot. reſp. Eiſenbach de compenſatione circa maleficia vel quaſi occaſione L. 36. D. de dolo malo Tubing. 1778. §. 15. 16.

†) Ausnahmen dieſer Regel ſind 1) die Retorſion bey Injurien, die die Strafe in geringern Fällen ganz aufhebt, 2) wenn der Verbrecher an den Fiscus eine Geldſtrafe zu bezahlen und an ihn etwas zu fodern hat; dann läßt ſich auch Compenſation der Strafe gedenken.

die Compensation auf die Grösse der Strafe Einfluß habe; so kömmt es darauf an: 1) ob durch sie der Schaden des Verbrechens oder das dadurch gestiftete Unrecht gemildert werde, 2) ob dieser Nachtheil, dieses Unrecht den Hauptmaasstab der Strafbarkeit ausmache. Wenn diese beyden Umstände zusammen treffen, dann muß die Strafe in eben dem Grade sinken, als der Schaden oder das Unrecht abnimmt *). Wenn zwey durch Verbrechen sich wechselseitig schaden oder beleidigen, so ist jeder durch sein Verbrechen Ursache, daß er weniger als gewöhnlich beschädigt wird. Hätte er seine That unterlassen, so würde er grössern Schaden durch das Verbrechen des Andern gelitten haben, als er nun empfindet, da er den andern auch beleidigt, und in Schaden versetzt. Der zweyte thut auf seinen Schadensersatz dadurch Verzicht, daß er den ersten auf gesetzwidrige Art wieder beschädigt. Der erste hatte schon zum voraus sich die Fähigkeit geraubt, von jenem, den er zuerst beschädigte, eine Vergütung zu fodern, wenn ihm dieser wieder einen Nachtheil zufügen sollte. Keiner kann sich vollkommen über erlittenes Unrecht oder Schaden beklagen, wenn er sich einer unerlaubten schädlichen That gegen den andern schuldig macht. In einer solchen Lage existirt jener Nachtheil nicht ganz, der mit einem solchen Verbrechen gewöhnlich verbunden ist, also kann auch die ordentliche Strafe nicht eintreten.

 Doch

*) Beyspiele liefert Kapf §. 18. folg. Die L. 13. §. 5. ad L. Iul. de adulter. macht keine Ausnahme, denn sie ist so zu verstehen, daß die Strafe zweyer gegenseitiger Verbrecher nicht ganz aufhöre.

Doch würde ich darauf sehen, welche That zuerst begangen wird. Derjenige ist offenbar strafbarer, der von zwey wechselseitigen Verbrechen das erste begeht, als der Urheber des zweyten. Denn der erste beschädigt einen Unschuldigen, der ihm dazu keine Veranlassung gab. Der zweyte fügt seinem Beleidiger Nachtheil oder Unrecht zu, er thut es aus gerechtem Schmerzen *), er will sich selbst Recht verschaffen. Ich würde also, wenn der Schaden dadurch ganz gehoben wird, dem ersten Verbrecher ein Drittel dem zweyten zwey Drittel oder drey Viertel der ordentlichen Strafe nachlassen **).

d) Verzeihung des zugefügten Unrechts. Fürbitte des Beleidigten.

§. 93.

Allgemeine Bemerkungen. Wirkung der christlichen Fürbitte.

So wie ein Verbrechen dem Vermögen des andern nachtheilig seyn kann, so ist es leicht gedenkbar, daß eine andere That die Ehre oder andere Rechte unserer Mitmenschen angreifet. Und dieses Unrecht des Beleidigten ist

*) Stelzer Kap. 10. §. 25.

**) Wenn der Verbrecher an den Beschädigten eine wahre Foderung macht, so ist dieß ein Grund, seine Strafe zu mildern. Denn durch diesen Anspruch wird ein Theil des Schadens getilgt, den der Beschädigte litt. Dieser kann sich dadurch bezahlt machen, daß er dem Verbrecher jenes nicht entrichtet, was dieser zu fodern hat. Insofern also Compensation überhaupt ein Milderungsgrund ist, muß sie es auch hier seyn.

ist manchesmal der Hauptmaasstab der Strafe. Dieß tritt alsdann ein, wenn durch ein Verbrechen der Beleidigte ungleich mehr gelitten hat, als der Staat, und kein Umstand eintritt, der die gesetzliche Strenge nöthig macht. Bey einer solchen Voraussetzung ist es sehr begreiflich, daß die Strafe um so mehr sinken müsse, als die Beleidigung des zunächst Gekränkten abnimmt. Denn alsdann fällt der Hauptgrund der Strafe ganz oder zum Theil weg; also muß auch diese in eben dem Verhältnisse gemildert werden. Aber diese Verminderung kann nicht immer dieselbe seyn. Der Beleidigte verzeiht das erlittene Unrecht entweder aus bloßer christlicher Liebe, oder er thut es auch zugleich in der Absicht, daß dadurch sein Beleidiger eine Milderung der Strafe genießen soll; und dieß erklärt der Gekränkte entweder gerichtlich oder außergerichtlich. Wenn man sich mit seinem Beleidiger blos als Christ versöhnt, so kann dies keine oder doch nur eine geringe Milderung der Strafe bewirken. Denn der Grund, warum diese eintreten soll, liegt in der Handlung des Beleidigten, wodurch dieser das Unrecht, was er gelitten hat, vertilgt; also muß die Handlung auch so vorgegangen seyn, daß man sagen kann, das Unrecht sey dadurch gehoben. Dieß ist aber der Fall nicht, wenn ich meinem Beleidiger blos verzeihe, weil die Religion es befiehlt, daß man seinen Feinden vergeben soll. Eine solche blos religiöse Handlung geht nur auf das Innere des Menschen, hat nur Einfluß auf den Zustand seiner Seele und das Gewissen, kann im äusserlichen Leben, im Gerichte, keinen Einfluß haben, da die Wirkung einer Handlung nicht weiter geht,

 als

als die Absicht ihres Urhebers. Wollte man eine solche Verzeihung als Milderungsgrund annehmen, so müßte man auch behaupten, daß nur alsdann die ordentliche Strafe eintreten könne, wenn der Beleidigte ein Feind seines Beleidigers verbleibt, welchen Punct doch weder die Natur der Sache noch die Gesetze erfodern, um die gesetzliche Regel eintreten zu lassen.

§. 94.

Einfluß der Verzeihung, die in der Absicht geschieht, daß die Strafe soll gemildert werden.

Alsdann aber ist eine grössere Wirkung mit der Vergebung zu verbinden, wenn der gekränkte Theil in der Absicht sich versöhnt, daß die Strafe des Verbrechens dadurch fallen soll. Denn da hier die ganze Minderung der Strafe von der Willkühr des Beleidigten abhängt, ob er durch Nachlassung des Schimpfes diese Wohlthat will eintreten, oder es bey der gesetzlichen Regel will bewenden lassen, da er nicht verzeiht; so muß es auch auf den Willen desselben ankommen, inwiefern er verzeihen, und dieser seiner Handlung eine Wirkung zum Beßten des Verbrechers beylegen will, oder nicht. Freylich kann er die Grösse der Strafe nicht bestimmen; aber da das Gesetz diese nach der Grösse der Beleidigung abmißt, und diese letzte durch Vergebung fällt; so kömmt es im Grunde mittelbarerweise auf den Beleidigten an, ob die gesetzliche Strafe eintreten soll, oder nicht. Will er, daß der Verbrecher weniger soll gestraft werden, so muß er ihm

nicht

nicht nur verzeihen, sondern auch seinen Wunsch, daß er eine geringere Strafe leiden möge, erklären *). Dies kann gerichtlich und außergerichtlich geschehen. Die erste Art zeigt mehr Ernst und Bestreben, dem Verbrecher Milderung zu verschaffen, muß also auch einen grössern Grad davon bewirken. Aussergerichtliche Verzeihung ist entweder ausdrückliche oder stillschweigende. Die letzte wird aus Handlungen geschlossen, die ganz sicher vermuthen lassen, daß sich der Beleidigte mit dem Verbrecher vollkommen versöhnt habe, und wünsche, daß das erlittene Unrecht ihm so wenig als möglich angerechnet werde. Dahin gehört der freywillige freundschaftliche Umgang des Beschimpften mit dem Injurianten, die Fortsetzung der Ehe mit dem ehebrecherischen Gatten ohne weitere Erklärung. Um eine stillschweigende Verzeihung anzunehmen, muß man voraussetzen, daß der Beleidigte das Verbrechen und dessen Urheber weiß; denn wie kann ich dem verzeihen, von welchem mir nicht bekannt ist, daß er

 mir

*) Böhmer ad art. 120. §. 10. meint, ein blos christlicher Nachlaß werde nicht vermuthet, sondern von jeder Verzeihung angenommen, daß sie auch gerichtliche Wirkung habe. Diese Meinung kann ich aber um deswillen nicht annehmen, weil Verzeihung an und für sich keine Wirkung hat; sondern wirkliche ausdrückliche oder stillschweigende Fürbitte erfodert wird; also die bloße Erklärung, daß ich verzeihe, noch keine Milderung hervorbringt, sondern der Wunsch, daß der Verbrecher weniger soll gestraft werden. Daß man aber eine günstige Erklärung des Beleidigten alsdann, wenn ein wahrer Zweifel entsteht, eher für eine Fürbitte als einfache Verzeihung nehmen könne, will ich allerdings geschehen lassen.

mir schadete? *) Zweytens muß eine solche Handlung da seyn, welche den sichern Schluß zuläßt, daß das Unrecht vollkommen nicht allein aus christlicher Liebe mit Hinsicht auf die Ewigkeit, sondern auch mit Wirkung für dieses Leben nachgelassen und damit der Wunsch verbunden sey, daß eine gelinde Strafe statt finden soll. Drittens darf der Beleidigte keinen entgegenstehenden Willen erklärt haben **). Wenn der Beschimpfte mit dem Injurianten freundschaftlich umgeht, aber ausdrücklich erklärt, daß er sich seine Injurienklagen und Genugthuung vorbehalte; so läßt sich keine stillschweigende Vergebung annehmen. Aber ist eben dieß auch von dem Falle zu behaupten, wenn der unschuldige Gatte mit dem Ehebrecher zwar die Ehe fortsetzt, aber erklärt, daß es nicht mit dem Vorsatze einer Vergebung geschehe? Hier, sagt man gewöhnlich, müsse allezeit eine Milderung angenommen und die Protestation geradezu verworfen werden †).

Aber

*) Verschiedne Schriftsteller dehnen dies auf den Fall aus, wenn man von Jemanden in Zweifel stehe, ob er geschadet habe. Richtiger aber behauptet das Gegentheil Böhmer am a. O. §. 12. und Gribner de intercessione conjugum in delictis carnis inprimis in crimine bigamiae pos. 39.

**) Das Gegentheil behauptet Gribner pos. 37. daß die Erklärung des directen Gegentheils die stillschweigende Einwilligung nicht aufhebe.

†) Böhmer l. c. §. 12. und erweiset es in observ. ad Carpzov qu. 55. obs. 2. aus L. 13. §. 9. ad L. Iul. de adult. aber das Gesetz spricht von dem Falle, wenn die Ehebrecherin verstossen, und eine zweyte Ehe mit ihr geschlossen worden ist, dann wird entschieden: videndum est, an ex delicto, quod in priori matrimonio admisit, accusari possit? et puto non posse: abolevit enim prioris matrimonii delicta reducendo eam.

Aber dies beruht auf der nun veralteten Lehre, daß der Ehebruch mit dem Tode bestraft werde. Wenn unter dieser Voraussetzung der unschuldige Gatte die Ehe fortsetzt, so würde es Widerspruch seyn, wenn er auf einer Seite die Fortdauer des Ehebands verlangen und auf der andern Seite fodern wollte, daß der Ehebrecher sein Leben verlieren soll. Hier wird also aus der Fortsetzung der Ehe nothwendig ein Milderungsgrund angenommen, und die Protestation als Widerspruch verworfen. Da aber heut zu Tage die Fortdauer der Ehe mit den Strafen des Ehebruchs bestehen kann, so zweifele ich nicht, daß der unschuldige Gatte zwar in die Fortsetzung der Ehe willigen, aber doch erklären könne, daß die Strafe des Ehebruchs nicht soll gemildert werden. Denn es ist gegen die Begriffe, eine stillschweigende Verzeihung alsdann annehmen zu wollen, wenn der Beleidigte das Gegentheil erklärt, und eine Handlung vorgenommen hat, die nicht nothwendig eine Milderung wirken muß, die unmittelbar auf Genugthuung, nicht Strafe geht. Eine vermuthete Verzeihung wird zwar von einigen Schriftstellern angenommen, und als Beyspiel der Tod des Beleidigten vor angestellter Klage, oder dessen Ungehorsam vor Gerichte angeführt *). Aber es fehlt an hinlänglichen Gründen eine solche Vermuthung zu erweisen; es muß also auch ihr die gerichtliche Wirkung abgesprochen werden.

§. 95.

*) Böhmer l. c. Gribner pos. 37. rechnet den Tod des Unschuldigen zur stillschweigenden Verzeihung, aber mit Unrecht; denn der Tod ist warlich keine solche Handlung, die Vergebung schließen läßt.

§. 95.

Verschiedne Arten von Verzeihung, und deren Wirkung.

Eine ausdrückliche Fürbitte hat der Regel nach mehrere Wirkung, als eine stillschweigende, da die erste gewisser und deutlicher ist, als die zweyte, bey welcher man nur schließen, nur vermuthen kann, ohne gerade allezeit Gewißheit zu haben. Wenn der Beleidigte für den Verbrecher eine Bitte einlegt, so kann er damit noch eine Handlung verbinden, wodurch diese noch mehr bestärkt, das Unrecht des Verbrechens noch mehr gehoben wird; oder es erfolgt nur eine einfache Bitte um Milderung, ohne diesen Zusatz. Im ersten Falle ist die Wirkung grösser als im zweyten. Wenn der unschuldige Gatte nicht nur um gelindere Strafe des Ehebrechers bittet, sondern auch die Fortsetzung der Ehe verlanget; so ist diese Dauer des ehelichen Bandes ein Grund, der die Bitte des Beleidigten noch vollwichtiger macht. Eben so, wenn der Gekränkte nicht nur eine gelindere Strafe für den Beschimpfer erbittet, sondern sich auch in genaue Verbindung mit ihm einläßt. Im ersten eben gegebenen Beyspiele ist die Fortsetzung der Ehe eine nothwendige Folge der Fürbitte, nicht aber diese von jener. Der unschuldige Gatte kann die Ehe fortsetzen, und doch erklären, daß die ordentliche Strafe statt haben soll, wie oben vorkam. Aber er kann nicht auf Milderung der Strafe und Trennung der Ehe zugleich antragen; dann würde er vergeben und nicht vergeben, was ein offenbarer Widerspruch ist. Die Bit-

te und Vergebung des Beleidigten kann bald bedingt bald unbedingt seyn. Im ersten Falle treten die gewöhnlichen Grundsätze von Bedingungen ein. Eine Fürbitte ist nichtig, wenn eine physisch oder moralisch unmögliche Bedingung ist beygefügt worden *). Wenn aber die Bedingung möglich ist, muß man die Existenz der Bedingung abwarten, wenn sie möglich ist; dann erst kann die Fürbitte wirksam seyn. Endlich kann es seyn, daß der Beleidigte um seines eigenen Interesse willen für den Verbrecher bittet. Der unschuldige Gatte legt zum Besten des Ehebrechers eine Bitte ein, weil er die Fortsetzung der Ehe wünschet, die alsdann vielleicht nicht statt finden kann, wenn die volle Strafe z. B. eines langen Gefängnisses eintritt. Ohne Zweifel ist die Fürbitte wirksamer, wenn damit eignes Interesse des Beleidigten sich verbindet, weil alsdann ein neuer Punct entsteht, der zwar nicht hauptsächlich, aber doch in Verbindung eine gelindere Strafe wirken muß, nämlich die Gunst des Beleidigten der nicht nur das Unrecht, den Hauptmaasstab der Strafe, vergiebt, sondern auch selbst darunter leiden würde, wenn die volle gesetzliche Regel einträte. Diesemnach würde ich drey Viertel der gewöhnlichen Strafe nachlassen, wenn die Fürbitte gerichtlich eingelegt ward, mit einer Handlung die sie bestärkt zusammentrift, und das eigne Interesse des Beleidigten sich damit verbindet; die Hälfte der Strafe, wenn die Fürbitte zwar gerichtlich ein.

*) Dies erweiset weitläuftiger Böhmer ad Carpzov qu. 55. obs. 5. Gribner hält die unmöglichen Bedingungen für nicht beygesetzt pos. 36.

eingelegt ward, aber die andern Umstände abwesend sind; ein Drittel bey einer außergerichtlichen Fürbitte, die aber zuverläßig ist; ein Viertel wenn die Fürbitte stillschweigend und eben deswegen nicht ganz zu erweisen ist. Eine bloße christliche Verzeihung ohne Fürbitte würde ich gar nicht in Betracht ziehen.

§. 96.

Positives Recht hierüber.

Das canonische Recht sieht zwar die Fürbitte des unschuldigen Gatten für den Ehebrecher als verdienstlich und löblich an; betrachtet aber die Sache mehr nach religiösen Grundsätzen und legt ihr weiter keine Wirkung bey *). Aber deutlicher ist das römische Recht. Bekanntlich verordnete Justinian oder vielmehr seine Gemahlin Theodora in der 134 Nov. K. 10. daß der Mann befugt seyn soll, die Strafe der Ehebrecherin abzukürzen, wenn er sie binnen zwey Jahren aus dem Kloster wieder abhohlt, wohin sie gesteckt ward. Daraus ist der Grundsatz entstanden, daß man im Ehebruche die Strafe des schuldigen Theils mildern könne, wenn der unschuldige Gatte eine Fürbitte einlegt **). Aber dieß kann nach gedachtem Gesetze nicht wirken, sondern es muß

*) C. 7. 8. C. 32. qu. 1.

**) Gribner pos. 13. behauptet zwar die Nov. 134. beweise nicht, daß eine Milderung eintreten müsse, wenn Fürbitte und Fortsetzung der Ehe da sey; aber richtiger ist das Gegentheil, was Böhmer ad Carpzov. qu. 55. obs. 1. anführt.

muß damit die Fortsetzung der Ehe verbunden werden. Eben so erlaubt das römische Recht eine Verminderung der Injurienstrafen, wenn der Beleidigte das erlittene Unrecht verziehen hat *), welche Gesetze zwar nur von Klagen auf Privatstrafe sprechen, aber der Analogie gemäß, auch auf öffentliche Strafen müssen angewandt werden. Dagegen giebt es Fälle, wo die römischen Gesetze die Bitte für den Verbrecher als unerlaubt verwerfen. Dies behaupten die Gesetze bey dem Hochverrathe **); in einem solchen Falle ist der Staat beleidigter Theil, läßt sich also keine Fürbitte annehmen. Eben so ist diese bey der Entführung verbothen ***). Da aber das neuere canonische Recht †) die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten gestattet, wenn diese letzte frey einwilligt: so ist daraus der practische Grundsatz entstanden, daß die Entführte die Strafe des Entführers mildern könne, wenn sie ihm nicht nur vergiebt, sondern auch eine Ehe mit ihm schließen will. Eben dies hat die Praxis, wiewohl nicht mit vollem Rechte, auf die Nothzucht übertragen. Beyde Verbrechen Entführung und Nothzucht schaden dem Staate und der öffentlichen Sicherheit eben so viel und noch mehr, als der zunächst beleidigten Person; deswegen darf auch auf die Fürbitte allein, keine Rücksicht genommen wer-

*) L. 11. §. 1. D. de injur. §. ult. I. eod.

**) L. 5. §. 2. C. ad L. Iul. majest.

***) L. 5. §. ult. D. ad L. Iul. de vi publ. I., un C. de rapt. virg. Dieß war auch dem ältern canonischen Rechte gemäß. C. 4. 11. C. 36. qu. 2.

†) C. 7. X. de raptor.

werden. Doch kann man eine Milderung dann eintreten lassen, wenn diese ihren Schwängerer heyrathen will, und die Heyrath zu Stande kömmt.

III.

Milderungsgründe, deren Ursache in den Handlungen fremder Personen liegen soll.

§. 97.

Auf welche Art wirken fremde Handlungen auf die Strafbarkeit der Verbrechen?

Bisher war von solchen Personen die Rede, welche durch das Verbrechen zunächst sind beschädigt worden. Davon unterscheiden sich jene, die dadurch nichts gelitten haben. Ob diese eine Verminderung der Strafen bewirken können, ist hier die Frage. Nun aber liegt es in der Natur der Sache, daß ein Fremder oder dritter, der Regel nach, den Hauptumstand des Verbrechens nicht vermindern, die Bedingungen nicht schwächen kann, welche zu Erkennung der ordentlichen Strafe erfodert werden. Ich sage der Regel nach: denn es läßt sich der Fall gedenken, daß ein dritter den Schaden des Verbrechens vollkommen ersetzt; hier muß eine Milderung alsdann eintreten, wenn der Schadensersatz überhaupt Wirkung hat. Aber eine oder die andere Ausnahme abgerechnet, wird der gedachte Satz richtig seyn, daß die Handlung eines dritten mit der grössern oder geringern Zurechnung oder Strafbarkeit in keiner Verbindung stehe. Und dieß führt

führt auch auf die natürliche Folge, daß daraus keine Milderung könne hergeleitet werden. Denn wie kann die Strafe sinken, wenn derselben Hauptumstand und Hauptbeweggrund in seiner ganzen Grösse vorhanden ist? wenn die Bedingungen der ordentlichen Strafe vollkommen existiren? Und daß dies alles hier in vollem Maaße eintrete, es mag eine dritte fremde Person dazwischen kommen, oder nicht, zeigt eine leichte Betrachtung. Die Handlung eines Dritten besteht entweder in einer bloßen Fürbitte, oder daß der Dritte den Hauptumstand des Verbrechens schwächt, oder die Unschuld und mindere Strafbarkeit des Verbrechers erweiset. Im letzten Falle muß natürlich eine Herabsetzung der ordentlichen Strafe eintreten. Eben dies gilt auch von dem mittlern Falle, wo diese nämliche Wohlthat Platz greifen muß. Aber die gesetzliche Strafe kann wegen bloßer Fürbitte des Dritten um gar nichts vermindert werden. Daraus läßt sich ein Urtheil fällen, was von der Bitte der Frau, Kinder und Verwandten des Verbrechers zu halten sey. Diese kann nach den strengen Regeln der Gerechtigkeit nicht die geringste Milderung verschaffen. Noch weniger kann das Anerbieten einer Weibsperson, den Verbrecher heyrathen zu wollen, diesem den Nachlaß der Todstrafe oder eine andere Milderung wirken. So groß immer die Begünstigung der Ehe seyn mag, so folgt daraus noch nicht, daß die Gerechtigkeit eine Ausnahme von der Regel machen müsse, um eine geschlossene Ehe zu erhalten, oder die Knüpfung einer neuen zu begünstigen. Weder die Gesetzgebung,

bung *), noch die Natur der Sache erlauben eine so ausgedehnte Begünstigung der ehelichen Gesellschaft **). Das nämliche Urtheil gilt von dem Vorrechte, das man in ältern Zeiten den Cardinälen beylegte, daß sie Verbrecher von der ordentlichen Strafe befreyen durften, was auf gar keinem Grunde beruht. Das römische Recht verbietet in manchen Fällen die Fürbitte ganz ***); was auch analogisch auf andere Fälle ausgedehnt werden muß, wenn ein dritter ohne Interesse für den Verbrecher bittet. Auch das canonische Recht wünscht, daß sich Geistliche nicht mit Bitten für erklärte Verbrecher abgeben mögen †).

Endlich kann alsdann eine Milderung gedacht werden, wenn der Beschädigte selbst Ursache an dem Schaden

*) L. 27. C. ad L. Iul. de adult. Commissum antea adulterium cum eo, cui se postea nuptiis sociavit velamento matrimonii non extinguitur.

**) Wem darum zu thun ist, hierüber mehreres, und zum Theil sehr überspannte Begünstigung der Ehe zu lesen, kann in Ioh. Klein diss. de mitigatione poenarum favore matrimonii contrahendi und diss. de mitigatione poenarum favore matrimonii contracti volle Befriedigung und noch darüber finden. Richtiger beurtheilen die Sache Ludovici de intercessione innocentum §. 36. bis zum Ende, und Carmon de intercessione foeminarum pro capite damnatis Rostock 1734. welcher letzte doch auch manches ungereimte mit einmischt.

***) L. 5. §. 2. C. ad L. Iul. maj. L. un. C. de rapt. virg.

†) C. 3. C. 14. qu. 6. Hi qui in furtis publicis implicati sunt, a nobis non videantur injusse defendi, ne opinionem male agentium ex indiscretae defensionis ausu in nos ullo modo transferamus: sed quantum decet ecclesiam, admonendo, et verbum intercessionis adhibendo, quibus valetis succurrite: ut et illis opem feratis, et opinionem s. ecclesiae non inquinetis

den ist, den er leidet. Denn es tritt hier die Rechtsregel ein: damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur *). Dieß hat zwar die Folge nicht, daß alle Klage auf Strafe wegfällt; doch muß sie gemildert werden, wenn der Schaden oder das Unrecht den Hauptumstand des Verbrechens ausmacht, und dieser durch die Schuld des Beschädigten entstanden ist. Nur muß dessen culpose Handlung unmittelbaren Bezug auf die Handlung des Verbrechers haben, daß dieser dadurch gereitzt, ihm Gelegenheit verschaft wird u. s. w. Ausserdem mag der Beschädigte so culpos handeln als er will. Wenn diese Handlungen nicht unmittelbaren Bezug auf das Verbrechen haben, so kann keine Milderung gedacht werden **).

IV.

Puncte, welche die Strafe deswegen mildern sollen, weil sonst ein Unschuldiger darunter leiden würde.

a) Schädlicher Einfluß der Strafe auf einen Unschuldigen überhaupt.

§. 98.

Wirkung dieses Puncts.

Es läßt sich kaum eine Strafe gedenken, welche dem Verbrecher allein schädlich, einem dritten gar nicht

*) L. 203. D. de reg. jur.

**) Westphal Crimin. Recht Anm. 4. und 43. hat mehrere Beyspiele.

nachtheilig wäre. Wenn der Bestrafte Familie hat, so ist es nicht zu verhüten, daß diese nicht darunter leidet. Man würde also gar nicht strafen können, wenn die Ahndung im strengen Sinne auf den Verbrecher müßte eingeschränkt werden. Der in Frage stehende Punct kann also der Regel nach als Milderungsgrund nicht in Betracht kommen. Der Richter muß die Strafen anwenden, die Folgen davon mögen treffen, wen sie wollen. Nur ist der Punct nicht zu vergessen, der oben berührt ward, daß der Staat den Unschuldigen schadlos halten müsse, wenn dieser dadurch einen vorzüglichen Nachtheil leiden sollte, daß der Verbrecher gestrafet wird. Ferner fodert es auch die Billigkeit, daß wenn die Strafe dem Richter lediglich überlassen ist, dieser unter mehrern gleichen Uebeln dasjenige wählt, das weniger als andere einen Unschuldigen kränkt. Gleichwohl soll nach der Meinung einiger Schriftsteller *) die Strafe dann gemildert werden, wenn sie einem Unschuldigen schädlich ist. Aber die Gesetze beweisen es nicht, die in dieser Absicht angeführt werden. Aus dem Grundsatze des C. 10. C. 23. qu. 4. propter bonos mali tolerandi sunt folget gar nicht, daß sie auch gelinder zu bestrafen seyen; sondern der Satz hat mehr einen religiösen und moralischen Sinn, als einen rechtlichen. Das C. 12. X. de sepultur. verordnet, man soll die Körper der Excommunicirten wieder ausgraben, wenn sie auf einen geweyhten Kirchhof gelegt worden, aber noch kenntlich seyen; kenne man sie aber nicht mehr

*) Tiraquell de poenis temper. C. 59.

mehr, so soll man sie dort liegen lassen. Aber hier hört die Strafe auf, weil sie unmöglich ist, da man jene nicht mehr kennt, die doch eigentlich die Strafe verdient haben. Als ferneres Beyspiel wird der Fall angeführet: wenn ein Miteigenthümer eines Hauses ein Verbrechen begeht, wogegen das Gesetz die Niederreißung der Wohnung des Verbrechers droht, so könne diese Strafe doch hier nicht eintreten. Dieß ist wahr, aber der Grund liegt darin, weil der Verbrecher dasjenige nicht besitzt, was er durch die Missethat verlieren soll, nämlich ein eigenes Haus. Denn da man ein solches nicht theilweise niederreißen kann, gleichwohl ein Miteigenthümer nur einen Theil des Hauses und diesen nur pro indiviso besitzt, so ist es bey gegenwärtigem Falle eben so viel, als wenn er gar kein Haus besäße. Endlich bemerkt Quistorp *), daß in kleinern willkührlichen Fällen eine solche Strafe zu wählen sey, die Unschuldigen so wenig als möglich nachtheilig ist **).

b) Grosse Anzahl von Kindern.

§. 99.

Einfluß dieses Umstandes auf Bestrafung.

Die nämlichen Gründe entscheiden auch die Frage, ob grosse Menge von Kindern ein Milderungsgrund sey, und verneinen sie. Auch hier muß der Richter bey der gemei-

*) Beyträge zur Erläuterung verschiedner Rechtsmaterien. S. 488.

**) L. 9. D. de suspect. tutor.

gemeinen Regel stehen bleiben, der Verbrecher mag auch noch so viele Kinder haben, da durch diese Puncte die Zurechnung und Strafbarkeit eines Verbrechens nicht um einen Grad vermindert wird. Nur kann wieder das Obengesagte eintreten, daß der Richter bey ganz willkührlichen Strafen jene zu wählen habe, die den Verbrecher so wenig als möglich außer Stand setzt, seine Kinder zu ernähren *). Aber diese Verwandlung darf keine Milderung seyn. Das Gegentheil, daß die Anzahl von Kindern mildern müsse, scheint zwar aus einigen Gesetzen zu folgen, die es aber nicht vollkommen erweisen. L. 57. D. de ritu nupt. enthält den Fall einer putativen Ehe **), und sagt: die Kinder seyen für rechtmäßige eheliche zu erklären; der Grund liegt nicht sowohl in der Anzahl von Kindern, sondern im guten Glauben der bona fide der Mutter. L. 7. §. 3. D. de bonis damnat. †) spricht offenbar von Begnadigung und zwar nicht sowohl von Nachlassung der Strafe als der Aufhebung der Folgen derselben. Denn das Vermögen der zum Tode verurtheilten fiel an den Fiscus, und dieß wird, wie das Gesetz sagt, manchesmal den Kindern gelassen, also es ist keine allgemeine

*) Quistorp Grundſ. d. peinl. R. §. 115.

**) Westphal de veris casibus matrimonii putativi §. 3.

†) Si plures liberos damnatus habeat, feruntur exempla, per quae pluribus liberis omnia bona damnati concessa sunt sed et D. Hadrianus in hac sententia rescripsit: Favorabilem apud me causam liberorum Albini filiorum numerus facit cum ampliari imperium hominum adjectione potius, quam pecuniarum copia malim: ideoque illis paterna sua concedi volo, quae manifestabunt tot possessores, etiam si universa acceperint.

meine Regel, keine Nothwendigkeit, daß es ihnen verbleiben muß. Das C. 2. X. de his, qui fil. occid. reformirt das Urtheil des ersten Richters gegen eine Kindesmörderin, und setzt an die Stelle der ersten Strafe eine zweckmäßigere, womit das Wohl der Familie der Verbrecherin besser bestehen kann. Daraus folgt aber nicht, daß der Richter durch die Anzahl der Kinder müsse bewogen werden, gelinder zu strafen.

V.

Milderungsgründe, die von dem Leiden hergenommen werden, was der Verbrecher vor der Strafe schon gelitten hat.

Lange Gefangenschaft.

§. 100.

Wann kann langes Gefängniß gelindere Strafe hervorbringen?

Sobald das Gesetz eine bestimmte Strafe vorzeichnet, so will es, daß der Verbrecher diese leiden soll, und nicht mehr. Ist die Ahndung dem Ermessen des Richters überlassen, so soll er nach genauer Proportion das Uebel bestimmen, aber auch hier das Maas nicht überschreiten. Wenn nun der Missethäter durch die Anstalten der Gerechtigkeit schon Uebel gelitten hat, ehe er gestraft ward, so fragt es sich, ob man ihm deshalb an der Strafe etwas abrechnen dürfe? Bey Beantwortung dieser Frage

kann jenes Leiden nicht in Betracht kommen, was dem Verbrecher durch andere als das Gericht, z. B. durch die Hand des Beschädigten zustößt. Denn daran ist er meist selbst Schuld, seine gesetzwidrige That veranlaßte es, also kann er Niemanden etwas zur Last legen; die Gerechtigkeit kann sich um diesen Umstand nicht bekümmern. Eben so ist es, wenn der Missethäter selbst Ursache ist, daß die Untersuchung länger als gewöhnlich dauert, weil er z. B. läugnet, Ausflüchte sucht, die Sache in die Länge zieht. Auch hier kann der Richter die Strafe deswegen um nichts herabsetzen. Denn der Verbrecher muß die Ursache dieser Unannehmlichkeit in sich selbst suchen. Gleiche Entscheidung tritt ein, wenn die Natur des Verbrechens und dessen verwickelte Umstände eine längere Untersuchung erfodern, und deswegen die Gefangenschaft verlängert wird. Auch hier entsteht dieses Leiden durch die Schuld des Verbrechers, und kann bey Bestimmung der Strafe nicht in Betracht kommen. Aber wenn der Missethäter ohne alle seine Schuld länger im Gefängnisse schmachten muß, wenn er vom Gefangenwärter oder andern Bedienten der Gerechtigkeit mißhandelt wird? Sollte dies den Richter nicht zu einer gelindern Strafe bewegen müssen? Ich glaube allerdings. Die Natur der Sache und Absicht der Gesetze lehrt, daß der Verbrecher durch die Hand des Richters nicht mehr Uebel leiden soll, als nöthig ist, um ihn zu schrecken, oder außer Stand zu schaden zu versetzen. Dieses Maas würde aber offenbar überschritten werden, wenn nebst den obgedachten Uebeln auch noch die volle Strafe an ihm

voll-

vollzogen würde. Also muß die Strafe sinken, wenn der Missethäter durch das Gericht, oder dessen Unterbediente schon Uebel gelitten hat, oder die Untersuchung ohne dessen Schuld in Länge ist gezogen worden, oder theils das Gericht, theils ein Dritter an der Verlängerung des Gefängnisses Schuld ist, oder dieses Uebel der Defensor durch seine Saumseligkeit bewirkt hat *). Dies nehmen die Schriftsteller ohne Bedenken an, wenn dem Verbrecher eine körperliche Strafe bevorsteht, aber in Kapitalfällen wollen sie keine Milderung gestatten **). Soviel ist richtig, daß üble Gefangenschaft ein Uebel sey, was körperlichen Strafen sehr nahe kömmt, und deswegen ist es leichter, eine Proportion herzustellen. Man kann sagen: so viel Uebels hat der Inquisit durch die Dauer oder Art des Gefängnisses gelitten, also muß so viel von der ordentlichen Strafe abgehen. Bey Todstrafen tritt diese Analogie und Aehnlichkeit nicht ein, diese sollen den Verbrecher ganz ausser Stand zu schaden setzen, körperliche Strafen blos schrecken. Wenn auch den Todeswürdigen Verbrecher das Loos harter oder langer Gefangenschaft getroffen hat, so ist er zwar dadurch geschreckt, aber seine That verdient mehr; er soll außer Stand zu schaden gesetzt werden, und deswegen das Leben verlieren; des-

*) Kaulfus de carcere diuturno poenam criminalem temperante Erford. 1742. §. 20. 22. 23.

**) Westphal Anm. 37. Pufendorf proc. crimin. C. 25. §. 37. Böhmer ad C. qu. 149. obs. 2. Daß auch in Capitalfällen eine Milderung gedenkbar sey behauptet Quistorp §. 112.

deswegen scheint hier die Dauer oder Art des Gefängnisses nichts zu wirken. Diese Kraft würde ich ihm auch dann absprechen, wenn die Verlängerung der Haft unbedeutend, die üble Behandlung unbeträchtlich wäre. Sollte aber eine von diesen nur im mittlern Grade von Bedeutung seyn, so wäre es offenbare Grausamkeit den Kapitalverbrecher erst mit langer Ungewißheit martern, ihn geraume Zeit in Fesseln behalten, oder gar mißhandeln, und ihm dann das Höchste der menschlichen Uebel, einen schimpflichen Tod anthun wollen. In einer solchen Lage treten alle Gründe ein, die eine Milderung der Strafe nöthig machen; und bin ich fest überzeugt, daß unter obiger Voraussetzung die qualificirte Todesstrafe in einfache, die letzte in ewige Beraubung der Freyheit müsse umgeschaffen, und diese nach den Umständen schärfer oder gelinder eingerichtet werden.

§. 101.

Erklärung der L. 25. D. de poenis. Excess in der Tortur.

Noch ist ein Gesetz des römischen Rechts zu erwägen, welches die bisherigen Grundsätze zum wenigsten einigermaßen bestärkt. Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, sagt L. 25. de poen., aliquatenus poena ejus sublevanda erit: sic enim constitutum est; non eo modo puniendos eos, qui longo tempore in reatu agunt, quam eos, qui in recenti sententiam excipiunt. Hierüber ist man nicht einig, was das Wort reatus heiße. Am richtigsten ist die

Mei-

Meinung, daß reatus von dem Zeitpuncte zu erklären sey, während dem die Untersuchung dauerte, was Brissonius *) und Vicat **) schön und gründlich erweisen, und verschiedne Gesetze ***) deutlich zeigen. Der Zustand der peinlich Angeklagten war während des Processes sehr traurig †) und deswegen hielt man es für billig, daß man jenen von der Strafe etwas nachließ, die länger als gewöhnlich in dieser traurigen Lage verbleiben mußten. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob die Verlängerung des Processes aus der Schuld des Angeklagten oder anderwärts herrühre. Aber andere Gesetze und die Analogie des Rechts wollen, daß alsdann nur eine Milderung eintreten soll, wenn der Verbrecher eine Untersuchung ausstehen mußte, die ohue seine Schuld länger als gewöhnlich dauerte. Nebst dem verordnet L. 23. C. de poenis, jene sollen ohne Strafe entlassen werden, welchen zwar Landesverweisung zuerkannt war, die aber so lange im Gefängnisse zubrachten, als die erste Strafe dauern sollte. Auch hieraus lassen sich Schlüsse ziehen, welche die angeführten Grundsätze befestigen.

Zu den Uebeln, die ein Verbrecher durch die Hand der Gerechtigkeit leiden kann, gehört auch ein Exceß in der Tortur. Auch hier hat jener mehr Uebels empfunden, als

*) Select. antiquit. L. 2. C. 1.

**) Vocabular. jur. utriusq. voce: reatus. Tom. III. p. 257.

***) L. fin. ad L. Iul. de adult. L. 7. §. 2. D. de bon. damn. L. ult. §. ult. de bon. eor. qui ante sentent.

†) Kaulfus l. c. §. 6. 7.

als nöthig oder rechtlich war. Auch dieß muß ihm bey Erkennung der Strafe als Milderung angerechnet werden. Möchte doch die ganze Tortur bald zu den Alterthümern des Rechts gehören!

VI.

Milderungsgründe, die aus präsumtiver Besserung entspringen.

Lauf der halben Verjährungszeit.

§. 102.

Wann kann die Strafe wegen gedachter Umstände herabgesetzt werden?

Wenn es sehr wahrscheinlich ist, sagen verschiedene Rechtslehrer, daß der Verbrecher sich gebessert habe, so muß in eben dem Grade die Strafe sinken. Aber diese Lehre hat verschiedne Bedenklichkeiten gegen sich. Erstens ist die Besserung des Verbrechers nach der That sehr unzuverläßig. Sie kann aus Furcht vor der Strafe, sie kann aber auch daraus entstehn, weil der Verbrecher seine Absicht vollkommen erreicht hat, und nichts weiter wünscht. Zweytens fehlt es sehr am Beweise wahrer Besserung; ihre Zeichen lassen sich schwer von Verstellung absondern. Drittens und vorzüglich ist Besserung äußerst selten der Hauptzweck der Strafe; also kann dieselbe keinen Einfluß auf die Strafe haben, wenn sie auch vor ihrer Anwendung vollkommen erwiesen seyn sollte. Daraus ergiebt sich, was von der Meinung derjenigen zu

hal-

halten sey, die glauben, die Ahndung sey zu mildern, wenn seit der Begehung des Verbrechens so lange Zeit verflossen ist, als zur halben Verjährung erfodert wird, und in diesem Zeitraume der Missethäter die Gesetze nicht überschritten hat. Dieß beruht auf der Voraussetzung, daß Verjährung deswegen die Strafe aufhebe, weil man jenen für ganz gebessert halten muß, der 20 Jahre lang die Gesetze nicht mehr verletzt hat. Aber daß darin der Grund aller Verjährung liege, ist noch lange nicht erwiesen. Eine richtigere Ursache möchte die gewöhnliche Unmöglichkeit seyn, eine That nach 20 Jahren zu erweisen. Ferner hat der angebliche Milderungsgrund der halben Verjährungszeit alles gegen sich, was oben gegen präsumtive Besserung als Milderungsursache erinnert ward. Also die verflossene halbe Zeit der Verjährung kann dem Verbrecher keinen Vortheil schaffen, da diese ihre Wirkung auf unerwiesenen Vermuthungen beruht, und dieselbe keinen Einfluß auf die Bedingungen und den Hauptumstand der Strafe hat. Auch die Nov. 5. C. 5. §. 2. beweiset nichts für die Meinung, daß der angegebene Punct die Kraft zu mildern haben müsse. Sie sagt nichts weiter, als der Sclave müsse seinem Herrn zurückgegeben werden, wenn er in ein Kloster gegangen sey, der Herr ihn aber vor drey Jahren zurückgefodert habe. Nach drey Jahren könne man aber den Sclaven nicht mehr vindiciren, da er die geistliche Kleidung nun erhalten und die Sünden seines vorigen Lebens durch dreyjährigen klösterlichen Aufenthalt abgebüßt habe. Von dem bisher Gesagten ist nur noch eine Einschränkung anzunehmen.

Wenn

Wenn nämlich moralische Besserung die Hauptabsicht der Strafen ist, dann kann man annehmen, daß diese zu mildern sey, wenn vor ihrer Vollziehung der Verbrecher sich wirklich besserte, und dies hinlänglich kann erwiesen werden. Dann ist es aber nicht nöthig, daß die halbe Verjährungszeit vollendet sey, sondern es wird erfodert, daß wirkliche Besserung nicht aus diesem Laufe der Zeit allein, sondern dem ganzen Betragen des Verbrechers könne abgenommen werden. Daß aber dieser Fall sehr selten eintrete, ist schon einigemal erinnert worden.

Dritter Abschnitt.

Von Gründen die Strafe zu schärfen.

§. 103.

Allgemeine Bemerkungen über Schärfungsursachen.

Ungewöhnliche Umstände fodern eine ungewöhnliche Strafe. Sprechen sie für den Verbrecher, so muß diese gemildert werden; zeugen sie gegen ihn, so ist die Ahndung zu schärfen. Zwischen Milderungs- und Schärfungsgründen aber läßt sich ein Hauptunterschied gedenken. Diese müssen ihren Grund in dem Dolus oder der Culpa des Verbrechers haben; jene können auch in der Handlung eines Dritten bestehen. Die Strafe kann nur dann geschärft werden, wenn der Missethäter durch eignen Entschluß eine schwerere Handlung hervorbrachte. Ein Dritter z. B. der Beschädigte kann zwar den Hauptumstand des Verbrechens schwächen, aber nicht erhöhen, kann

zwar

zwar eine gelindere aber keine schwerere Strafe wirken. Nur dann kann man eine Schärfung anwenden, wenn der Verbrecher die ungewöhnliche Schwere seiner Handlung wußte oder wissen mußte, also auf dolose oder culpose Art diese strafbarere That hervorbrachte. Dies beruht auf dem einleuchtenden Grundsatze, daß Jeder nur für seinen Dolus, seine culpa haften muß, aber nicht weiter. Jemehr also eine That ihrem Urheber zuzurechnen ist, jemehr durch den Dolus oder die Culpa der Hauptumstand und die Bedingungen der gesetzlichen Strafe steigen, um so schwerer muß auch die Strafe seyn.

§. 104.

Specielle Classification derselben.

Schärfungsgründe entstehen entweder aus den Umständen der That selbst, oder den besondern Verhältnissen sowohl des Verbrechers allein betrachtet, als auch in Beziehung auf den Beschädigten. Zu der ersten Classe, die aus den Umständen der That hergenommen ist, gehören 1) grössere Grausamkeit bey derselben Ausführung. Nur muß diese nicht in der Natur der Sache liegen, und vom Verbrecher absichtlich gewählt worden seyn. Doch läßt sich auch eine Schärfung, wiewohl in geringerm Grade, gedenken, wenn der Missethäter auf culpose Art mehrere Schmerzen als gewöhnlich dem Beschädigten verursachte. 2) Vermehrung des Schadens, Unrechts und der Gefahr. Je nachdem der Hauptumstand eines Verbrechens in einem

nem dieser Puncte liegt, derselbe aber in einem vermehrten Grade vorhanden ist, so muß in eben diesem Maaße die Strafe steigen. 3) Zeit, Ort und Gelegenheit wirken ebenfalls eine höhere Strafbarkeit, und sind Ursache der Vermehrung des Strafübels. Dies trift alsdann ein, wenn einer dieser Puncte absichtlich ist gewählt worden, um die That auf eine schädlichere oder strafbarere Art zu begehen *). Die zweyte Gattung begreift jene Schärfungsgründe, die von den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen des Verbrechers hergenommen sind. Dahin kann 1) Alter und Geschlecht gehören, wenn die Umstände eintreten, von denen anderwärts **) Meldung geschah. 2) Ist hieher zu rechnen der Stand des Verbrechers, insofern von ihm oben gesagt ward, daß er die Zurechnung erhöhe ***). 3) Die Ueberschreitung besonderer Pflichten, die den Verbrecher von Begehung seiner That hätten zurück halten sollen. Je dringender diese Pflichten sind †), jemehr sie dem Missethäter bekannt waren, desto schwerer wird auch Zurechnung und Strafe seyn müssen. 4) Die Wiederhohlung gesetzwidriger Handlungen derselben Art. Die dritte Classe von Schärfungsursachen begreift diejenigen, die aus dem Verhältnisse des Verbrechers und Beschädigten gegen einander entspringen. Hieher werden gerechnet 1) Verwandschaft

*) Th. I. §. 165. — 169.

**) Ebend. §. 89. 92.

***) Treiber de aggravatione delictorum C. II. §. 4.

†) Th. I. §. 71 — 73. kömmt eine Classification derselben vor.

schaft des Beschädigten, von welcher oben gesagt ward, daß sie die Strafe erhöhe, da der Verbrecher nicht nur allgemeine Menschenpflicht, sondern auch besondere Verbindlichkeit hatte, seinen Verwandten nicht zu beschädigen. Ueberhaupt wird 2) wiederholt, was anderwärts von Ueberschreitung besonderer Pflichten gesagt ward, die den Verbrecher von der Beschädigung dieses Menschen hätte abhalten sollen. 3) Der Stand des Beleidigten. — Wenn der Reiche und Mächtige mehr fehlt, da er seinen Mitmenschen beleidigt, wenn er mehr Antheil an der Regierung und Fortdauer der Gesellschaft hat, wenn er mehrere Güter besitzt: so kann er auch einen grössern Anspruch auf Sicherheit und Schutz machen, muß also auch die Beschädigung eines Reichen und Mächtigen schwerer bestraft werden *). Zu diesen bisher genannten Schärfungsgründen rechnet Stelzer **) noch einige andere, die aber auf keinem hinlänglichen Grunde beruhen. Die Grösse der gewonnenen Vortheile und besondere Brauchbarkeit des geraubten Guts kann keine Ursache seyn, die Strafe zu schärfen. Dieß ergiebt sich aus dem oben vorgekommenen Beweise, daß es bey der Strafe nicht in Betracht komme, wie viel Vortheil der Verbrecher gezogen hat. Der Zusammenfluß mehrerer Verbrechen ist eigentlich kein Grund die Strafe zu schärfen; sondern es wird die Ahndung jeder Missethat erkannt, nur dann,

*) von Globig und Huster Abh. von d. crimin. Gesetzgeb. S. 103. L. 7. §. 8. D. de injur. Art. 137. P. G. O.

**) Kap. 10. §. 92. folg.

dann, wenn diese nicht möglich ist, muß eine Schärfung der Hauptstrafe eintreten. Davon an einem andern Orte. Eben so wenig kann das verweigerte Geständniß eine Ursache seyn, die Strafe zu erhöhen. Wenn dadurch die Ahndung steigt, und man mit obgemeldten Schriftsteller annimmt, daß freywilliges Geständniß die Strafe mildere; wann soll dann die ordentliche Strafe eintreten? Der vorige schlechte Lebenswandel erhöht den Verdacht, erleichtert den Beweis, ist aber kein hinlänglicher Grund die Strafe zu vermehren, wenn er nicht in Begehung wirklicher Verbrechen besteht, wo sodann die Grundsätze von Wiederholung eintreten. Ausserordentliche körperliche Stärke, Niedrigkeit des Standes, übles Betragen bey der Untersuchung und in der Gefangenschaft haben keinen Einfluß auf die Zurechnung und Strafbarkeit, also auch keinen auf die Grösse der Strafe.

Sechstes Kapitel.

Von den Rechten der höchsten Gewalt in Ansehung der Verbrechen und Strafen.

§. 105.

Allgemeine Bemerkungen. Welche Handlungen vom Gesetzgeber zu Verbrechen können gemacht werden?

Daß die höchste Gewalt das Recht habe, Handlungen zu verbieten, und gegen die Uebertreter Strafen zu verhängen, wird wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen seyn. Aber welche Handlungen sollen untersagt,

welche

welche zu Verbrechen gemacht werden, dieß ist die Frage. Die ganze Sache wird auf folgende Puncte ankommen. Die Hauptverbindlichkeit des Staats und Regenten besteht darin, daß die natürlichen Rechte der Menschen geschützt werden. Nun aber ist es nach aller Erfahrung nicht möglich, ohne Strafen diesen Schutz zu gewähren; die Angriffe der Menschen gegen Menschen sind zu häufig, als daß sie könnten verhütet werden, ohne den angreiffenden Theil durch Strafübel abzuhalten. Daher ergiebt sich die erste Art von Handlungen, die unter Strafe müssen verboten und zu Verbrechen gemacht werden; Angriffe nämlich gegen die natürlichen Rechte der Menschen. Aber auch dies fodert eine nähere Bestimmung. Wenn nämlich ein Mensch dem andern einen Vertrag nicht erfüllt, ein Versprechen nicht hält, so ist auch dieß Verletzung der natürlichen Rechte des Andern; und doch ist hier keine Strafe nöthig. So oft eine Beschädigung natürlicher Rechte so beschaffen ist, daß sie durch einen blossen Zwang, seine Pflicht zu erfüllen, ungeschehen kann gemacht werden; so oft man dem andern nicht sowohl dasjenige nimmt, was er schon wirklich eigenthümlich besaß, sondern ihm das vorenthält, was erst durch Leistung sein werden soll; so ist es nicht nöthig, sogleich mit Strafen zu drohen; sondern es ist genug, wenn der Richter den untreuen Paciscenten zwingt, daß er seiner Pflicht ein vollkommnes Genüge leiste; die Sache interessirt den Staat nicht so sehr, daß er öffentlich Strafen hier verfügte. Aber wenn dem Menschen sein wirklich erworbenes Eigenthum durch List und Betrug des Andern entzo-

gen wird, wenn die angebohrnen Rechte der Menschheit verletzt werden, wenn die erste und heiligste Pflicht, seines Mitmenschen Grundrechte nicht zu beschädigen, übertreten wird; dann ist es nicht mehr Sache des Privatmannes sondern des Staats; dann wird letzterer gekränkt, weil der Beleidigte den Schutz nicht mehr genießet, den er mit Rechte erwarten konnte. Darin liegt die Nothwendigkeit in solchen Fällen Strafe zu verordnen und Handlungen gegen die angebohrnen Rechte der Menschheit zu Verbrechen zu machen.

§. 106.

Warum sind Vergehungen gegen die Form der Gesellschaft zu bestrafen;

Nebstdem giebt es aber auch noch eine besondere Art verbotner Handlungen. Jeder Staat, jede Gesellschaft hat ihre besondere Form und Gesetze, welche jedes Mitglied beobachten muß. Auch hier ist aller Erfahrung zufolge das bloße Gebot, sich der gesellschaftlichen Ordnung zu fügen, nicht genug, auch hier müssen also Uebel gedroht werden, wenn die Form der Staatsverwaltung verletzt wird. Die höchste Gewalt schreibt also die Bedingungen vor, unter denen es Jemanden gestattet ist, im Bezirke dieses Staats ungestört zu leben, und die Vortheile als Mitglied desselben zu genießen. Eben dieselbe hat aber auch das Recht, jenen zu strafen, der gegen den Vertrag der Gesellschaft insoferne handelt, daß er die Form derselben verletzt. Wie aber diese Form des

Staats zu bestimmen, welche Bedingungen den Mitgliedern der Gesellschaft vorzuschreiben, welche Handlungen zu untersagen seyen, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen, sondern hängt vom Gutbefinden der höchsten Gewalt ab, diese mag sich in den Händen des Regenten oder einiger Auserwählten oder des ganzen Volks befinden. Nur soviel ist keinem Zweifel unterworfen, daß die Freyheit der Unterthanen nur insofern dürfe beschränkt werden, als es zum Schutze der natürlichen Rechte nöthig ist. Dies erweiset der einleuchtende Grundsatz, daß die Menschen den möglichst kleinsten Theil aufgeopfert haben, als sie in eine Gesellschaft sich vereinigten.

§. 107.

Vom Rechte des Regenten Strafen zu drohen, und vollstrecken zu lassen.

Das bisher gesagte erweiset auch, daß die höchste Gewalt Strafen gegen Uebelthäter drohen und vollstrecken könne. Dieses Strafrecht stützt sich auf einen doppelten Grund. Erstens hat der Staat gegen den Verletzer der natürlichen Rechte seiner Mitmenschen das Recht des Beleidigten gegen seinen Beleidiger, oder das Recht der Nothwehr im allgemeinen Sinne. Zweytens kann die höchste Gewalt gegen jenen eine Strafe verhängen, der gegen die Form und den Vertrag der Gesellschaft handelt. Daß dieser Unterschied einen entschiednen Einfluß auf die Grösse der Strafe habe, ist oben schon vorgekommen. Diesem zu folge ist also das erste Recht

 der

der höchsten Gewalt die Bestimmung des Uebels, welches denjenigen treffen soll, der die Gesetze überschreiten wird. Diese Befugniß ist aber keineswegs unbeschränkt, sondern erhält dadurch ihre Gränzen, daß die unveräußerlichen Rechte der Menschheit, und die Natur der Sache nicht dürfen vernachläßigt werden. Strafen müssen also ein geringeres Uebel seyn, als die ganze Gattung von Verbrechen, die sie verhüten sollen: sie sind nach einer richtigen Proportion zubestimmen; Grausamkeit ist hier eben so gut wie despotische Willkühr zu verbannen. Der Gesetzgeber bedenke, daß Strafen nur durch die Nothwendigkeit gerechtfertiget werden, also genau danach abzumessen, und nur insofern mit den Rechten der Menschheit vereinbarlich seyen, als dieselbe eintritt. — Das zweyte Recht was die höchste Gewalt in Ansehung der Strafen hat, ist ihre Vollziehung. Hiebey ist es wohl keinem Anstande unterworfen, daß der Regent die Gesetze durch seine Richter könne anwenden, und die Drohungen der Gesetzgebung an Uebelthätern vollstrecken lassen. So lange die gesetzlichen Regeln dabey angewandt werden, und alles jenes beobachtet wird, was im ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen des Gesetzgebers liegt, hat die Sache keine Schwierigkeit. Ob aber der Regent von den Regeln der bisher gültigen Gesetze abweichen, ohne es vorher erklärt zu haben, ob er ohne gesetzlichen Grund die Strafen gegen einzelne mildern oder schärfen dürfe, ohne diese Verminderung oder Erhöhung vorher bestimmt zu haben, dies sind Fragen, die nähere Erwägung verdienen.

§. 108.

Begriff, Ursprung und Grund des Begnadigungsrechts.

Die erste Untersuchung besteht hiebey darin, in wie fern dem Landesherrn das Recht der Begnadigung zukomme. Darunter verstehe ich hier allgemein jede Abweichung von der gesetzlichen Regel, die vom Landesherrn zum Beßten eines erklärten oder verdächtigen Verbrechers aus bloßer Gnade beliebt wird, ohne daß ein strenger rechtlicher Grund es foderte; es mag nun dieser Wille auf Abolition, Nachlassung der schon gefällten Strafe, oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus Gnade gerichtet seyn. Der Ursprung des Rechts der Begnadigung ist aus jenen Zeiten herzuleiten, wo man unvollständige, unrichtige Begriffe vom Strafrechte hatte. Da weder bestimmte geschriebne Gesetze noch richtige Gewohnheiten das Maas der Strafen festsetzten, so glaubte man nicht ohne Grund, Regent und Richter handelten nach bloßer Willkühr, könnten nach Gutbefinden die Strafe mildern oder schärfen *), man hielt also dafür, es sey nicht ohne Wirkung, wenn eine zweckmäßige, kräftige Fürbitte bey dem Landesherrn eingelegt würde, man hoffte also Milderung oder gar Nachlassung der Strafe. Von diesem Zeitpuncte an pflanzte sich die Begnadigung bis auf unsere Tage, die Tage der bessern Gesetzgebung fort. Das Recht zu begnadigen im allgemeinen Sinne kann der höch-

 sten

*) Malblanc Geschichte der peinl. Gerichtsordnung Kap. II. §. 10.

sten gesetzgebenden Gewalt nicht abgesprochen werden. Ich darf hier als erwiesen voraussetzen, daß derjenige, dem das Recht der Gesetzgebung zusteht, auch das Befugniß habe, die Ausnahmen vom gemeinen Reche zu bestimmen, insofern das vollkommne Recht jus quaesitum anderer nicht darunter leidet. Den Beweis davon, der aber nicht hieher gehört, kann man bey allen Lehrern des allgemeinen und teutschen Staatsrechts finden, und durch die tägliche Erfahrung bestärken. Im nämlichen Maaße, wie der Regent seinen Willen als Gesetz bekannt machen, und die allgemeine Regel bestimmen kann; auf dieselbe Art kann er von dieser Norm wieder abweichen, und ohne Bedenken festsetzen, wann diese allgemeine Bestimmung wieder aufhören soll. Nun aber gehören zu diesen Ausnahmen vom gemeinen Rechte nicht nur Privilegien, sondern auch solche persönliche Verordnungen, die nur von einem einzelnen Falle gelten constitutiones personales; und zu den letzten wird Begnadigung im weiten Sinne gerechnet. So wie also dem Gesetzgeber überhaupt das Recht der Privilegien, das Wort im weitesten Sinne genommen, zusteht, so wird ihm auch das Befugniß zu begnadigen nicht können abgesprochen werden *). Und dieß ist in

*) I. I. Haus jus ferendi privilegia suo e fonte deductum Wirceb. 1772. §. 18. sq. — Montesquieu B. VI. Kap. 21. und Beccaria §. 46. ertheilen das Recht zu begnadigen blos den Monarchien. Man sehe aber welche bittere Klagen gegen diese Meinung geführt werden von Pastoret Betrachtungen über die Strafgesetze Th. I. Kap. 4. Servin über die peinl. Gesetzg. S. 125. Filangieri System der Gesetzg. B. IV. Kap. 57. S. 712. folg.

in peinlichen Sachen um so mehr anzunehmen, da man es so einrichten kann, daß Niemand darunter leidet. In streitigen bürgerlichen Fällen läßt es sich nicht behaupten, daß man eine Parthey besonders begünstigen, und vom gemeinen Rechte ausnehmen könne. Denn die Gunst des einen geht fast allezeit in Kränkung des andern über. Deswegen muß man hier auf der geraden Mittelstraße bleiben, um keinem Theile Unrecht zu thun. Aber wenn ein Verbrecher zu bestrafen ist, kann niemand behaupten, daß gerade diese Strafe nothwendig sey, und allezeit dagegen müsse angewandt werden. Niemand, weder der ganze Staat noch einzelne können deswegen allein sich über erlittenes Unrecht beklagen, wenn der Verbrecher gelinder als gewöhnlich gestraft wird. Wenn auch das Gesetz die gemeine Regel, das gemeine Strafübel bestimmt, so hat niemand ein vollkommnes Recht zu fodern, daß Jeder Verbrecher allezeit danach behandelt werde *).

*) Wenn, sagt Feder vom Rechte zu begnadigen S. 4, der einzelne Mensch im Stande wäre, die Grundsätze, welche die Vernunft für die Bestimmung der Moralität der Handlungen und Bestrafung der Schuldigen anerkennen muß, in allen einzelnen Fällen mit völliger Gewißheit anzuwenden, so würde kein Unterschied zwischen Recht und Pflicht übrig bleiben, der Mensch würde nichts zu thun befugt seyn, wovon nicht gesagt werden könnte, daß er es thun müsse und dazu verpflichtet sey; — Aber Menschen können solche Gesetze nicht entbehren, an welchen das subjective Ermessen und Gutfinden die Willkühr des Gesetzgebers vielen Antheil hat. Da nun bey Anwendung eines Strafgesetzes selten mit objectiven Gründen kann erwiesen werden, daß und wie gestraft werden müsse, da dem Ermessen der subjectiven Vernunft des Gesetzgebers und Rich-

§. 109.

Schranken des Begnadigungsrechts.

Wenn man also die gehörigen Schranken beobachtet, so kann Begnadigung ein solches Privilegium werden, was niemanden schädlich, folglich gerecht und zulässig ist. Aber eben so leicht ist es möglich, daß dieses Recht in Ungerechtigkeit übergeht, wenn man die gehörigen Gränzen überschreitet. Worin bestehen nun aber die Bedingungen, von denen die Gerechtigkeit der Begnadigung abhängt? Die ganze Sache beschränkt sich, wie ich glaube, auf einen einzigen Punct. So lange der

Lan-

Richters muß überlassen bleiben, was geschehen muß: so kann es der Schuldige nicht als Recht fodern, sondern muß es als Gnade ansehen, wenn die gesetzliche Strafe gemildert oder erlassen wird. — Aber so wie ich dieses Räsonnement einsehe, erweiset es mehr das Unvermögen der Menschen eine genaue Proportion zwischen Verbrechen und Strafen zu finden; dies ist aber gewiß kein Hauptgrund, sondern eine accessorische Unterstützung des Begnadigungsrechts; die ganze Kette von Schlüssen setzt den Fall voraus, daß gar keine Gesetze existiren, denn dann nur tritt in jedem Falle das subjective Ermessen ein, daß und wie gestraft werden müsse. — Wenn das Begnadigungsrecht nicht aus dem Begriffe und Umfange der gesetzgebenden Gewalt kann erwiesen werden, so werden obige Puncte dessen Existenz gewiß nicht retten. Denn daraus, daß es am Beweise fehlt, daß die gesetzliche Strafe im richtigsten Verhältnisse mit dem Verbrechen stehe, folgt nicht, daß in jedem einzelnen Falle alles auf das subjective Ermessen des Landesherrn und Richters ankomme; sondern es muß bey der Regel bleiben, und die gesetzliche Strafe angewandt werden, wenn man nicht anderwärts erweisen kann, daß jemand vorhanden sey, der von dieser Regel eine Ausnahme gestatten, der begnadigen kann.

Landesherr sein Recht zu begnadigen so ausübt, daß die natürlichen Rechte seiner Untergebenen weder gekränkt noch in Gefahr gesetzt werden; so hat derselbe seiner Hauptpflicht und dem Grundvertrage der Gesellschaft ein vollkommnes Genüge geleistet; dann kann ihm also kein Vorwurf gemacht werden, daß er sein Begnadigungsrecht mißbraucht habe; dann hat er es rechtmäßig ausgeübt. — Und daß das Recht zu begnadigen so könne gebraucht werden, läßt sich leicht erweisen. Wenn der Landesherr z. B. die Todesstrafe in ewiges Gefängniß verwandelt; wenn er die Strafe des Zuchthauses in Festungsarrest umschaft, wenn er Leibesstrafe in Gefängniß umändert, so sind alles dieses Gnaden, welche dem Staate und dessen Mitgliedern nicht den mindesten Schaden verursachen. Aber daraus läßt sich auch herleiten, daß der Landesherr eine Gattung von Handlungen nicht ungestraft lassen dürfe, wenn sie den natürlichen Rechten der Menschen zuwider sind, und nicht anders als durch Strafverbote können verhütet werden. Eine Nachsicht solcher Art würde offenbar dem Grundvertrage der Gesellschaft entgegenlaufen. Auf die nämliche Art läßt sich erweisen, daß der Regent einen Verbrecher besonders der schweren Art nicht ganz straffrey lassen dürfe. Denn einmal würde dieser zu ähnlichen Thaten angefeuert, da er diesmal so glücklich durchwischte. Und sollte auch der Staat vor diesem Menschen sicher seyn, so hat er doch von andern zu besorgen, daß sie aus Hoffnung der Gnade die Gesetze übertreten möchten. Die natürlichen Rechte der Menschen würden also hier in Gefahr gerathen. Eben diese

Besorgniß tritt ein, wenn Begnadigungen zu häufig und ohne Grund ertheilt werden; denn alsdann hat jeder Verbrecher gegründete Hoffnung sie zu erwarten; der Gestrafte kann sich über Unrecht beschweren, wenn vor ihm mehrere Missethäter ohne Grund sind begnadigt worden, und nun er gerade die volle Strafe leiden soll. Also auch eine solche Ausübung des Begnadigungsrechts würde ungerecht seyn; vielmehr wird dazu ein hinlänglicher Grund erfodert, und dieser besteht darin: Es giebt unstreitig Fälle, wo die offenbare Billigkeit und das ungezweifelte Staatsbeßte der Anwendung der gemeinen Regel entgegen stehen. Diese Fälle sind manchesmal weder im positiven Rechte ausgedrückt, noch von diesem anerkannt; also der Richter darf sie nicht in Betracht ziehen, der Verbrecher kann die Ausnahme nicht als Recht fodern; jedoch kann sie der Landesherr als Gnade ertheilen. Aber muß der Regent diese Ausnahme gestatten? Ist er nicht vollkommen dazu verbunden? Insofern kann man diese Fragen bejahen, als die höchste Gewalt alles thun muß, was das allgemeine Beßte erfodert, als jeder Mensch zu demjenigen verbunden ist, was er nach seiner Ueberzeugung für das richtigste und billigste hält. Aber auf der andern Seite ist insofern keine vollkommne Verbindlichkeit da, weil niemand vorhanden ist, der diese Ausnahme mit vollem Rechte begehren könnte. Der Verbrecher hat sich durch seine That der gemeinen Regel unterworfen, kann sich also nicht beschweren, wenn er nach dieser beurtheilet wird; sollte auch eine vom Gesetze nicht anerkannte Billigkeit das Gegentheil anrathen. Eben

so

so wenig kann der Staat, wenn er nicht Gesetzgeber ist, fodern, daß der Regent in dem gegebenen Falle die Strafe mildere. Denn so wie es überhaupt auf das Ermessen des Gesetzgebers ankömmt, welche Strafe diesem oder jenem soll gedroht werden, so muß es auch in gegenwärtiger Lage ihm überlassen bleiben, ob die gesetzliche Regel eintreten oder eine Ausnahme davon soll gestattet werden.

§. 110.

Specielle Fälle, wo das Begnadigungsrecht eintritt.

Worin bestehen aber die Umstände, die eine Begnadigung begründen können? Ich habe zuvor den Hauptpunct angegeben, aus dem sie zu beurtheilen sind. Wenn das Gesetz die Gründe geringerer Strafbarkeit ausdrückt, oder sie stillschweigend darin liegen; dann muß der Richter die Strafe mildern, dann kann sie der Schuldige als Recht fodern. Aber wenn die gesetzlichen Bedingungen der ordentlichen Strafe alle vorhanden sind, gleichwohl das Beßte des Staats oder eine vom Gesetz nicht anerkannte Billigkeit die Anwendung der gesetzlichen Regel hindert; dann kann man sagen, daß der Fall einer Begnadigung eintrete *). Und dieser existirt in Teutschland um so öfter, je unzweckmäßiger das gemeine teutsche Recht die P. G. O. ist, je unvollständiger die speciellen Lan-

*) Bach ad jus aggratiandi Rintel. 1759. §. 6. sagt, wenn die Gnade mehrern Nutzen als die Strafe stifte, sey jene vorzuziehen.

Landesgesetze sind. Viele Artikel der P. G. O. sind offenbar für unsere Zeiten nicht mehr anwendbar, die Strafen zu hart. Ob nun gleich der Richter nach diesem Gesetze der Regel nach sprechen muß, so ist es eine eben so grosse Verbindlichkeit desselben, dem Landesherrn die Unzweckmäßigkeit und Härte des Gesetzes vorzustellen, und ihn um Begnadigung zu bitten, die in diesem Falle nicht zu versagen seyn wird. Nebst diesem Hauptumstande lassen sich noch viele andere Gründe zu begnadigen angeben. Dahin gehört 1) der Stand des Verbrechers, wenn diesem eine solche Strafe bevorsteht, welche das Ansehen eines ganzen Standes schwächt, gleichwohl die Erhaltung der Würde dieser Menschenclasse dem Staate vorzüglich wichtig ist. 2) Eigene Verdienste um den Staat, und die damit verbundne Hoffnung, daß der Verbrecher demselben vorzüglich nützlich seyn werde, wenn man ihn gelinder behandeln wird *). 3) Wenn die Strafe einen vorzüglich schädlichen Einfluß gegen einen dritten Unschuldigen haben würde. 4) Grosse Menge der Verbrecher **). Wenn ein ganzes Regiment Soldaten wegen Rebellion die Todesstrafe verwirkt, eine aufrührische Gemeinde die nämliche Ahndung verdient, eine grosse Menge ein Verbrechen begangen hat, wogegen die Strafe des Zuchthauses gedroht wird: dann ist es im ersten Falle dem Beßten des Staats entgegen, denselben durch die Vollziehung der Todstrafe zu entvölkern; im zwey-

*) Selbst Filangieri der doch allem Begnadigungsrechte so gram ist, nimmt diesen Fall als Ausnahme an. System der Gesetzg. B. IV. S. 720.

**) Ebenderselbe a. a. O.

zweyten Falle ist es theils gefährlich, theils unmöglich, eine so grosse Anzahl von Missethätern in dem Zuchthause zu versammeln. Hier ist also ein anderer Weg einzuschlagen, was zwar der Richter nicht thun kann, der von der gemeinen Regel nicht abweichen darf, wohl aber der Landesherr durch Begnadigung zu erreichen im Stande ist. Wenn mehrere Verbrecher vorhanden sind, die den Tod verdient haben, so war es ehedem Sitte, den zehnten, zwanzigsten, hundertsten Verbrecher, den das Loos bestimmte, hinzurichten *), und die übrigen körperlich zu bestrafen. Aber es scheint mehr mit der Gerechtigkeit übereinzustimmen, daß man hier allen Missethätern die Todesstrafe nachläßt, und sie mit einer körperlichen Strafe belegt, als daß man sie, die doch gleich gefehlt haben, ungleich behandelt, und dieß noch dazu der Entscheidung des blinden Looses überläßt. Eben so ist es räthlich, eine gleiche körperliche Strafe zu erkennen, wenn so viele die Strafe des Zuchthauses verdient haben, daß man sie entweder gar nicht oder nur mit äußerster Beschwerde zu bewahren im Stande ist. 5) Manchesmal ist es dem Staate daran gelegen, eine schädliche Rotte von Verschwornen zu entdecken, zu welcher Kenntniß man aber nicht durch den ordentlichen Weg der Beweise gelangen kann. Hier ist der Landesherr befugt, demjenigen Mitgliede der Bande eine gelindere Behandlung zu versprechen, der die ganze Sache entdecken wird. Ueberhaupt scheint

*) Mehr davon liefern Dressel de decimatione delinquentium. Ienae 1731. und Harnusberger sortitio poenalis bellica Argentor. 1684.

scheint die Vorschrift der rußischen Kaiserin Catharinens II. *) Erwägung zu verdienen, wodurch jedem Mitgliede einer Bande Gnade versprochen wird, wenn er die Verschwörung entdeckt, und Mittel sie zu zerstreuen an die Hand giebt. Denn dadurch werden solche Verbindungen von Verbrechern verhütet, weil keiner dem andern trauen kann, ob er nicht von dem Anerbieten des Regenten Gebrauch machen, und die ganze Sache verrathen werde **). 6) Endlich geschieht es manchesmal, daß man einem Verbrecher Gnade verspricht, wenn er eine Arbeit vollenden wird, die dem Staate besonders nützlich aber gefährlich ist, z. B. in giftigen Bergwerken.

§. 111.

Prüfung der Gegengründe. Von verschiednen Arten der Begnadigung im allgemeinen.

Wenn man das Begnadigungsrecht in solche Schranken einschließet, so wird es mehr eine Justitzsache werden, als von der bloßen Willkühr abhangen. Und dann fallen alle Vorwürfe weg, welche diesem Rechte so häufig gemacht werden. Von der Anwendung der Gesetze muß alle Willkühr entfernt seyn, heißt es, jede Ausnahme vom

*) Instruction für die zu Verfertigung des Entwurfs zu einem neuen Gesetzbuche verordnete Commission. Riga und Mietau, 1769. S. 58. 59.

**) Das Gegentheil, daß das Gesetz dem Verräther seiner Bande nie gelindere Bestrafung versprechen dürfe, behauptet Filangieri a. a. O. S. 725, aber seine Gründe scheinen mir nicht vollwichtig zu seyn.

vom gemeinen Rechte ist ein Vorwurf gegen die bestehenden Gesetze, jede Partheylichkeit eine Wunde, die dem Ansehen derselben geschlagen wird; ungleiche Bestrafung gleicher Verbrechen ist, sagt man weiter, Ungerechtigkeit gegen denjenigen, der die volle Strafe des Gesetzes leiden muß, durch Begnadigung wird der Reitz zu Verbrechen erhöht, und die Abschreckung wie auch das Gewicht der Gesetze vermindert u. s. w. *) Aber alle diese Gründe treffen eigentlich nicht die Sache selbst, sondern deren Mißbrauch, und müssen ohne Widerlegung dahin fallen, wenn man das Begnadigungsrecht in so enge Gränzen einschließet, als bisher geschehen ist.. Noch hinfälliger sind die Gründe, die aus dem römischen Rechte hergenommen sind, und gegen das Begnadigungsrecht angeführt werden **). Wenn man sie nur mit einiger Bedachtsamkeit lieset, so wird man finden, daß sie gegen dieses Recht gar nichts erweisen ***). Vielmehr giebt es eine Menge anderer Gesetze †), aus denen sich schließen läßt, daß die römischen Kaiser sich ihres Begnadigungsrechts bedient

*) Man sehe Pastoret, Beccaria, Servin und Filangieri in jenen Stellen, die oben bey dem §. 108. angeführt wurden.

**) L. 18. §. 1. D. de judic. L. 14. C. de poenis, L. 6. C. de cohortal.

***) Glaeser de gratia delinquentibus facienda §. 109. hat sie hinlänglich widerlegt.

†) L. 4. L. 9. §. 11. L. 27. L. 31. §. 1. D. de poenis. L. 3. C. de episcop. audient. Die Titel des Codex de sententiam passis et restitutis und de generali abolitione.

bedient haben. Warum zur Zeit der römischen Republic nichts von diesem Rechte vorkam, davon setzt Bach *) die Ursache darin, weil die Römer der stoischen Philosophie zugethan waren, die alle Gnade verwirft. Daß übrigens Begnadignng bey allen Verbrechen statt finde, ohne bey dem vorsetzlichen Todschlage eine Ausnahme zu machen, wird wohl heut zu Tage keines weitern Beweises bedürfen **). Unter den Arten von Begnadigung scheint die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Folgen der Strafe die unschädlichste zu seyn. Wenn einmal die Ahndung zur Vollziehung gekommen ist, so ist dadurch dem Wohl und der Sicherheit des Staats volles Genüge geschehen, also wird das Ansehen der Gesetze meistens nicht gekränkt, wenn auch die Folgen der Strafe z. B. die Infamie dem Verbrecher erlassen werden. Freylich kann dieß wieder nicht von bloßer Willkühr abhangen, sondern es treten die obgemeldeten Schranken ein. Schädlicher ist die Abolition, weil dadurch die Untersuchung vor ihrem Ende abgebrochen wird, ohne daß man den Grad von Strafbarkeit weiß, dessen sich der Verbrecher schuldig machte, ohne daß man oft von der Unschuld oder Strafwürdigkeit des Verdächtigen überzeugt ist. Besser ist es der Regel nach, wenn man den Proceß bis zum Ende fortführt, wo sich dann mit Genauigkeit bestim-

*) Diss. ad jus aggratiandi S. 21.

**) Mehr davon liefern Thomasius de jure aggratiandi principis evangelici in causis homicidii Ienae 1739. und F. C. Wiesen de jute aggratiandi summo principi in homicidio etiam voluntario et doloso competente. Wirceburg 1761.

stimmen läßt, ob und welche Strafe hier eintreten müsse. Die Nachlassung der verdienten, durch ein Urtheil festgesetzten Strafe, Begnadigung im strengsten Sinne, ist ganz nach gemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Mehrere Bemerkungen von Begnadigung, Abolition und Restitution gehören nicht hieher, sondern in die Lehre vom Processe, wo die Form und Folgen dieser Geschäfte näher zu untersuchen sind. Je seltner übrigens der Landesherr von seinem Rechte Gebrauch macht, je mehr er die gesetzliche Regel eintreten läßt, desto besser ist es für das öffentliche Wohl, und das Ansehen der Gesetze *).

§. 112.

Ob dem Landesherrn das Recht zustehe, die vom Richter erkannte, oder vom Gesetze gedrohte Strafe zu schärfen?

Noch grössern Zweifel ist es unterworfen, ob der Landesherr berechtigt sey, ohne eine rechtliche in den Gesetzen

*) Groß und nachahmenswerth ist es, was in Hrn. Hofr. Pflaum Entwurfe zur neuen Bambergischen peinlichen Gesetzgebung Th. III. §. 78. gesagt wird: „Da Inhalts der vorausgegangenen Vorschriften Unsere ohnehin gemäßigte Kriminalgesetze bey dem Mangel ausdrücklicher Ausnahmen ohne Unterschied des Geschlechts und sonstigen Verhältnisse in vorkommenden Fällen der Regel nach buchstäblich zur Anwendung zu bringen, und wir auch nicht gemeint sind, durch eine Abolition oder eine Begnadigung die Furcht vor den Gesetzen zu vermindern, so wird hiemit noch zum Ueberflusse erklärt, daß, wenn bey Uns Jemand um Ertheilung einer solchen Gnade ansuchen würde, wir auf dessen Bitte, wenn nicht deren Erhörung

setzen gegründete Ursache jemanden schwerer strafen zu lassen, als die bisherige Gesetzgebung droht? Es läßt sich ein dreyfacher Fall gedenken: der Gesetzgeber kann zum voraus eine härtere Strafe drohen, wenn dies Verbrechen wird begangen werden, wenn diese oder jene Classe von Menschen eine Missethat begehen wird; der Landesherr kann zweytens eine schon begangne Handlung mit einer Strafe belegen, ob schon die bisherige Gesetzgebung dagegen keine Ahndung verordnet hat; oder er kann drittens ein wirkliches Verbrechen härter strafen, als es die Gesetze wollen. Daß der erste Fall keine Ungerechtigkeit in sich enthalte, wird wohl keinem Anstande unterworfen seyn. Es lassen sich leicht Beyspiele gedenken, daß eine besondere Art von Verbrechen dem Staate schädlicher ist, als das ganze Geschlecht derselben, oder daß ein und der andere Stand ein böseres Beyspiel stiftet, wenn er die Gesetze überschreitet. Wer wird es dem Regenten verargen können, daß er die Drohung der Strafe gegen künftige Fälle erhöht? Diese Maasregel kann vielmehr mit dem Beßten des Staats sehr wohl bestehen *). Den zweyten und dritten Fall aber getraue ich mir nicht, von dem Vorwurfe einer Ungerechtigkeit zu

hörung das Wohl des Staats nothwendig macht, keine Rücksicht machen werden. Aehnlich ist die Erklärung Leopolds II. im Toskanischen Gesetzbuche §. 119.

*) Wölker de privilegiis odiosis et poenalibus Altorf. 1718. Cap. 4. hat nichts als solche Fälle, wo das Gesetz gegen künftige Verbrechen eine schärfere als die gewöhnliche Strafe droht.

zu befreyen. Meine Gründe sind diese: Wenn das Gesetz die gewöhnliche Strafe festsetzt, so hat der Landesherr erklärt, daß dieselbe so lange soll angewandt werden, bis er durch ein neues Gesetz sie verändern würde. Neue Gesetze aber können ihrer Natur nach nicht vergangene sondern blos zukünftige Fälle treffen; also hat der Verbrecher ein vollkommnes Recht zu fodern, daß er nach den bisher gültigen Gesetzen beurtheilet werde *). Denn er hat sie überschritten, sich der Strafe, die sie drohen, unterworfen, und kann nur nach jenen Gesetzen, die er kannte, gerichtet werden. Soll ihn aber eine ungewöhnlich härtere Strafe treffen, so würde er dem Willen des Landesherrn, welcher ihm nicht bekannt war, unterworfen, also nach Grundsätzen, die er nicht wissen konnte, bestraft. Die Gesetze werden deswegen bekannt gemacht, damit jeder wissen kann, wie es ihm ergehen wird, wenn er sie überschreitet; folglich geschieht ihm Unrecht, wenn ihn eine härtere Strafe trift, als die bisherige Gesetzgebung will; denn er hat gegen diese härtere Strafe die Einrede der unverschuldeten Unwissenheit; und diese hebt ja allen Dolus und alle Culpa, folglich alle Umstände auf, ohne die sich keine Strafe gedenken läßt. Diese Grundsätze haben keinen Zweifel, wenn die gesetzliche Strafe genau bestimmt ist. Aber auch dann treten sie ein, wenn das Gesetz die Strafe nur allgemein androht. Denn auch hier hat der Verbrecher ein Recht zu fodern, daß er nach

*) Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten Th. I. S. 395

der speciellen Eigenschaft seiner That und den bisher geltenden Grundsätzen beurtheilet, auch die willkührliche Strafe nach leztern bestimmt werde. Noch grösser ist das Unrecht, wenn eine schon verübte That bestrafet wird, obschon die bisher geltenden Grundsätze dagegen keine Strafe verordnen. Denn treten diese Umstände ein, so ist eine solche Handlung in rechtlicher Hinsicht erlaubt, oder doch unsträflich, jeder hat das Recht sie zu begehen, oder er hat zum wenigsten keine Strafe zu befürchten. Im vorhin gegebnen Falle konnte der Urheber der That voraussehen, daß er werde gestraft werden; nur die Erschwerung der Strafe konnte er nicht wissen. Aber in der letzten Lage konnte man an gar keine Strafe gedenken, man mußte vielmehr glauben, es würde uns eben so erlaubt seyn, eben so ohne Strafe hingehen, diese That vorzunehmen, wie sie bisher jedem gestattet, oder doch unsträflich war.

§. 113.

Widerlegung der Gegengründe. Römisches Recht.

Aber hat nicht der Landesherr das Recht, auch odiose Privilegien zu ertheilen? Berechtigt ihn das öffentliche Wohl nicht, auch zum Nachtheile einer Privatperson eine Ausnahme von den Gesetzen zu machen? *) Das Recht der Privilegien ist zu tief in der Landesherrlichen Macht gegrün-

*) Dieß ist der Hauptgrund dessen sich von Bode bedient in der Abhandlung de aequitatae privilegii odiosi et jure imperantis circa illud Götting. 1750.

gegründet, als daß es könnte geläugnet werden. Aber eben so heilig muß dem Regenten die Pflicht seyn, das Eigenthum und jus quaesitum seiner Untergebenen nicht zu verletzen. Nun ist oben gezeigt worden, daß jeder Unterthan ein vollkommnes Recht habe zu fodern, daß er in Ansehung vergangener Thaten nach den Gesetzen gerichtet werde, die zur Zeit ihrer Vollendung gültig waren, daß man ihn nach Grundsätzen beurtheile, die er wissen und befolgen konnte; also ist die Schärfung der gewöhnlichen Strafe ohne einen rechtlichen Grund, die Bestrafung einer bisher unsträflichen Handlung, eine Handlung gegen das jus quaesitum, also unerlaubt. Manchesmal muß zwar dem Landesherrn erlaubt werden, das Eigenthum und die vollkommnen Rechte seiner Untergebnen anzugreifen. Dazu ist bekanntlich ein unbezwingliches dringendes Staatsbedürfniß und Entschädigung desjenigen erfoderlich, der ein Opfer des Staats werden soll. Aber ich glaube nicht, daß hier der Fall gedenkbar ist, wo das dominium eminens eintreten kann. Der Grund, warum eine begangene That, schwerer als die Gesetze wollen, soll bestraft werden, kann kein anderer seyn, als weil dem Staate daran gelegen ist, daß Handlungen dieser Art unterbleiben. Aber diese Absicht kann erreicht werden, ohne daß man dem Urheber der schon begangenen That eine grössere Schärfe empfinden läßt, als die bis jetzt bestehenden Gesetze verordnen. Wenn nämlich der Landesherr gegen künftige Fälle derselben Art eine schwerere Strafe droht, so können diese für die Zukunft verhütet werden, ohne daß dadurch jemand an seinen vollkommnen Rechten

leidet. Eben so wenig wirkt ein anderer Einwurf den man machen könnte. Es ist nicht nöthig, kann man sagen, daß der Verbrecher die specielle Strafe vorsieht, die ihn trift, es ist genug, wenn er das Strafverbot im allgemeinen weiß; also kann er sich nicht beschweren, wenn er auch härter als gewöhnlich bestraft wird. Aber aus dem ersten folgt das zweyte nicht. Ob schon zur vollen Strafbarkeit es gerade nicht nöthig ist, daß man die specielle Strafe vorsah: so kann man doch begehren, daß man mit keinem andern Uebel belegt werde, als das man vorsehen konnte. Nun ist es auch bey ganz willkührlichen Strafen möglich, daß man die Grundsätze kennt, nach denen die Bestimmung der Ahndung geschieht; der Verbrecher kann nach der bisherigen Praxis wissen, zum wenigsten mit vieler Wahrscheinlichkeit berechnen, welches Uebel ihn treffen werde; aber bey einer willkührlichen Schärfung kann er dies nicht einmal wahrscheinlich errathen. Er hat ein vollkommnes Recht zu fodern, daß er nach Gesetzen beurtheilt werde, die zur Zeit der Existenz seiner That gültig waren, daß man bey willkührlichen Strafen die bisher geltende Praxis und Gewohnheit gegen ihn anwende. — Das römische Recht setzt es als bekannt voraus, daß der Landesherr die Strafen schärfen könne. Dies folgt aus der Erklärung der Kaiser G r a t i a n, V a l e n t i n i a n und T h e o d o s i u s, in der L. 20. C. de poenis, welche ihnen allerdings viel Ehre macht. Si vindicari in aliquos ſeverius contra noſtram conſuetudinem pro cauſae intuitu juſſerimus, nolumus ſtatim eos aut ſubire poenam, aut excipere ſententiam: ſed

per

per triginta dies super statu eorum sors et fortuna suspensa sit. Reos sane excipiat vinciatque custodia, et excubiis solertibus vigilanter observet *). Daß diese Verfügung kein eigentliches Gesetz sey, lehrt die Natur der Sache. Denn es ist kein Untergebner da, der gehorchen könnte. Die Verfasser wollten sich die Hände binden, damit nicht Leidenschaft und Rachsucht in die Bestimmung der Strafen sich mit einmischte. Dadurch konnte aber die Gewalt der nachfolgenden Regenten und Gesetzgeber nicht beschränkt werden, sondern es war nur für die Urheber dieser Worte verbindlich, und für diese nur so lange sie wollten.

§. 114.

Recht des Landesherrn die einmal festgesetzte Strafe zu verwandeln

Auf die nämliche Art, wie dem Landesherrn die Begnadigung oder Schärfung der Strafe zu- oder abgesprochen wird, muß ihm auch das Recht ertheilt werden, dieselbe zu verwandeln. Eine solche Veränderung der Strafe kann Begnadigung, kann Schärfung seyn; und insofern treten die vorgebrachten Grundsätze ein. Sie ist aber auch zu Zeiten bloße Verwandlung, und hierin ist dem Landesherrn freyere Macht zu ertheilen. Wenn zwey Strafen einander so ganz ähnlich sind, daß sie in Ansehung

*) Die Geschichte dieses Gesetzes hat sehr schön beschrieben Richter de poena ab irato principe extra ordinem imperata in diem tricesimum differenda ad L. 20. C. de poenis Lips. 1781.

sehung des Staats vollkommen gleich wirken, und den Verbrecher ganz gleich treffen: dann, glaube ich, kann der Landesherr die eine anwenden lassen, obschon Gesetz oder Urtheil die andere festsetzt. Doch muß der Verbrecher gehört werden, wenn er zeigen will, daß die schon bestimmte Srafe ihn minder trift, als diejenige, die der Landesherr statt dieser verordnen will. Denn alsdann wäre willkührliche Schärfung da, die den Regeln der Gerechtigkeit entgegen ist. Aber auch bey dieser bloßen Verwandlung ist es dem Landesherrn anzurathen, daß er so selten als möglich davon Gebrauch mache, damit durch pünctliche Befolgung der Gesetze deren Ansehen so sehr als möglich befestigt wird.

Siebentes Kapitel.

Von den Rechten und Pflichten des Richters in Ansehung der Strafen.

§. 115.

Nähere Bestimmung des Gesichtspuncts dieser Lehre.

Ehe ich weitergehe, muß ich erst erklären, von welchen Personen ich spreche. Erstens kann hier von jenen keine Rede seyn, welche Landeshoheit, oder eine ihr ähnliche Macht besitzen und eben deswegen auch richterliche Gewalt behaupten. Denn hier sind Gesetzgeber und Richter in einer Person verbunden, und diese Verbindung ertheilt eine grössere Gewalt, als der Richter, als solcher besitzt. Davon war im vorigen Kapitel die Rede. Zweytens

tens wird hier nicht von jenen Personalrichtern gesprochen, die durch Landesgesetze oder Observanz angewiesen sind, bey jedem Schritte bey dem Landesherrn anzufragen; diese können gar nichts für sich thun, ihre Pflichten gehen alle dahin, in jedem Falle, bey jeder Handlung den Befehl des Landesherrn zu erbitten und zu befolgen. Sondern es ist hier die Rede von solchen Richtern, welche die Macht haben, jeden vorkommenden Fall ohne Anfrage bey dem Landesherrn nach eignem Ermessen, jedoch dem Gesetze gemäß zu entscheiden. Dieß ist gewöhnlich bey Patrimonialrichtern der Fall. Doch giebt es auch Personalrichter, welche ein für allemal den Landesherrlichen Befehl haben, die Gesetze auf vorkommende Fälle, ohne weitere Anfrage, anzuwenden, künftige Verbrechen mit jenen Strafen geradezu zu belegen, welche die positive Gesetzgebung dagegen droht. Endlich kann hier keine Rede seyn vom Rechte des Richters zur Untersuchung der Verbrechen, dieß gehört in den Proceß; sondern blos von Anwendung der Strafgesetze in strengem Sinne oder der Erkennung der Strafe insbesondere.

§. 116.

Begriff von Auslegung und Befugniß des Richters dazu.

Die Hauptpflicht des Richters besteht also, insofern hier davon die Rede ist, darin, daß vorkommende Verbrechen nach den Gesetzen beurtheilt und bestrafet werden.

den. Um aber die Gesetze anwenden zu können, müssen sie klar und deutlich, auch ihr Wirkungskreis bestimmt seyn. Fehlt es an diesen Eigenschaften, so ist es nöthig, daß Auslegung eintrete. Darunter verstehe ich nicht nur den Fall, wenn ein dunkles Gesetz deutlich gemacht, sondern auch wenn bestimmt wird, wie weit die Worte und der Grund eines Gesetzes gehen, welche Fälle darunter begriffen, welche davon ausgenommen seyn sollen. Die Auslegung der Gesetze ist entweder authentisch, und steht dem Landesherrn zu, oder doctrinell, und ist den Rechtsgelehrten und Richtern eigen. Die zweyte geschieht nach den Regeln der Hermenevtic, und ist ein Ausfluß des richterlichen Amts, da man die Gesetze erst deutlich machen muß, ehe man sie anwendet, und die Herstellung des deutlichen Sinnes oft eine Vorbereitung zum Anwenden ist. Es würde nicht nöthig seyn, das Recht des Richters zur Auslegung der Gesetze zu erweisen, wenn nicht Männer und Gesetzgeber von Gewichte *) dem Richter dieß Befugniß absprächen. Aber, wie schon andere **) bemerkten, sie können diese Behauptung nur vom Mißbrauche, nicht von der Sache selbst, verstanden haben. Denn wenn jemanden das Recht zusteht, nach

einem

*) Katharina II. Instruction für die zu Verfertigung des Entwurfs zu einem neuen Gesetzbuche verordnete Comission S. 39. Josephs II. Allgem. Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung §. 13. Beccaria §. 4. Montesquien B. XI. K. 6. S. 265. d. Altenb. Uebers.

**) Schott obser. de delictis et poenis §. 6. Schall von Verbrechen und Strafen in der Note S. 18—25.

einem Satze zu entscheiden, so muß ihm auch das Befugniß ertheilet werden, den Satz, wenn es nöthig ist, erst klar zu machen und zu bestimmen, wie weit der Sinn und die Worte des Satzes gehen. Nur dann erst kann er sagen, ob der Fall im Gesetze begriffen sey, oder nicht, und wie er müsse entschieden werden. Das Recht zum Zwecke giebt auch das Recht zu den Mitteln. Nun ist offenbar ein Hauptmittel zu Anwendung der Gesetze derselben Auslegung: also ist nichts natürlicher, als daß dem Richter durch den Auftrag des Zwecks auch die Mittel dazu sind gestattet worden. Und zwar wenn der Richter das Recht besitzt, ohne Anfrage bey der höchsten Gewalt über Verbrechen zu richten; so hat er auch stillschweigend das Recht erhalten, ohne diese Anfrage die Gesetze auszulegen. Denn diese Auslegung ist nöthiges Mittel zum Zwecke, also mit dessen Verleihung zugleich mit übertragen. Nur ist der Richter an die Regeln der Auslegungskunst gebunden, und wenn diese die gehörige Klarheit nicht herstellen, dann muß bey dem Landesherrn um authentische Erklärung nachgesucht werden, welche an keine Regeln als jene der Politic und Moral gebunden ist. Eine authentische Auslegung ist im Grunde ein neues Gesetz, nun kann aber ein schon begangner Fall nicht nach neuen sondern er muß nach den bisherigen Gesetzen beurtheilet werden. Diese Bestimmung des Landesherrn kann nicht auf vergangene Fälle gehen: sondern, wenn ein solcher zu entscheiden ist, muß der Sinn und Grund dieses Gesetzes hergestellt werden, damit man nach ihm die Entscheidung fassen könne. Die doctrinelle Auslegung muß

muß also hier eintreten, die entweder vom Richter oder einer Gesetzcommission vorgenommen wird.

§. 117.

Fälle einschränkender Auslegung.

Die Auslegung ist entweder ausdehnend oder einschränkend. Beyde finden hier statt, nur die erste seltner als die zweyte. Im menschlichen Leben, wo nicht leicht ein Fall dem andern ganz gleich ist, kann es sehr oft geschehen, daß zwar das Verbrechen existirt, aber jene Umstände nicht vorhanden sind, welche das Gesetz als nothwendige Bedingungen voraussetzt, um die ordentliche Strafe zu erkennen. Hier kann der Richter nichts anders sagen, als der vorliegende Fall sey nicht unter dem Gesetze begriffen, könne also nicht mit der ordentlichen Strafe belegt werden *). Denn da der ausdrückliche oder stillschweigende Wille des Gesetzgebers das Gesetz nur dann will angewandt wissen, wenn alle gesetzliche Bedingungen da sind; so würde der Richter gegen das Gesetz handeln, wenn er auf die ordentliche Strafe erkennen wollte, da Milderungsgründe existiren **). Wenn also besondere Umstände da sind, welche die gewöhnliche Strafbarkeit mildern oder erhöhen, muß eine außerordentliche

*) Cremani de jure criminali L. I. P. II. C. 13. §. 21. Pufendorf proc. crimin. C. 25. §. 56.

**) Heisler de justis poenam mitigandi causis §. 11. Hagemeister de causis mitigand. poenar. th. 1—6. Böhmer ad Carpzov. qu. 142. obs. 1.

liche gelindere oder schärfere Ahndung eintreten. Eben so findet eine einschränkende Auslegung statt, wenn die Worte eines Gesetzes weiter gehen, als der Grund derselben. Davon lassen sich aus der P. G. O. Beyspiele anführen, von welcher verschiedne Stellen durch den Gerichtsgebrauch sind eingeschränkt worden, und zwar deswegen, weil der Grund des Gesetzes enger ist, als dessen Worte. So ward der 162 Art. auf den Fall eingeschränkt, wenn der Dieb schon ein- und das anderemal ist bestraft worden, weil man nur jenen für unverbesserlich halten kann, der die Strafe empfand, ohne sich abschrecken zu lassen. So wird der 125 Art. blos von Mordbrennern verstanden, der 130 Art. blos in dem Falle, wenn Jemand durch Gift sein Leben verloren hat, angewandt u. s. w. Einige dieser Auslegungen sind mehr usuell, als doctrinell, immer aber einschränkend.

§. 118.

Fälle in welchen ausdehnende Auslegung nicht Platz hat.

Etwas beschränkter ist die Macht des Richters bey der ausdehnenden Auslegung. Bekanntlich besteht diese darin, daß die zu engen Worte so weit ausgedehnt werden, als es der viel weitere Grund des Gesetzes zuläßt, daß also mehrere ungenannte Fälle nach dem Gesetze beurtheilt werden, weil dessen Grund auch jene in sich begreift. Soviel ist hiebey gewiß richtig, daß der Richter keine Handlung zu verbrechen machen kann, wenn es das

das Gesetz nicht schon gethan hat; sonst würde er sich das Amt eines Gesetzgebers beylegen. Wenn also eine That in keinem Gesetze unter Strafe verbothen ist, so ist sie kein Verbrechen, kann also vom Richter nicht gestrafet werden. Sollte auch eine Handlung der im Gesetze genannten ähnlich seyn, so kann doch der Richter die Strafe des genannten Falles nicht auf den ungenannten ausdehnen, weil eine bloße Aehnlichkeit den Richter nicht berechtigt, eine That zu bestrafen, gegen welche kein positives Strafverbot existirt. Hier tritt vollkommen ein, was der 104 Art. sagt: „Über sonderlich ist zu merken, in „was sachen (oder der selben gleichen) unser Keyserlich „Recht keynerley peinlicher Straff am Leben, Ehren, Leib „oder glidern setzen, oder verhengen, daß Richter und „Urtheyler dawider auch niemant zum todt oder sunst pein„lich straffen.“ Diese Stelle verstehen zwar einige Rechtsgelehrte *) von solchen Fällen, die das Gesetz nennt, aber mit keiner peinlichen Strafe belegt; aber die Worte des Gesetzes sind viel allgemeiner, und lassen sich nebst der angeführten Erklärung auch so verstehen, wo das Gesetz nicht straft, soll es auch der Richter nicht thun. Aber wie verhält sich die Sache in dem Falle, wenn eine That von keinem Gesetze als Verbrechen erklärt wird, auch nicht als Unterart zu einem vom Gesetze genannten Geschlechte gehört, aber doch der Grund des Strafgesetzes bey ihr eben so eintritt, als bey der darin gedachten Missethat? Auch hier glaube ich nicht, daß der Richter befugt sey, das Gesetz auf einen solchen unbenann-

*) Böhmer ad art. 104. §. 6. Kress. ad art. 104.

benannten Fall auszudehnen. Denn der Umstand, daß bey einer Handlung der Grund eines Strafgesetzes eintritt, macht sie noch nicht zu einem Verbrechen, sondern sie bleibt zum wenigsten im rechtlichen Sinne unsträflich. Der Grund warum eine That so oder anders gestraft wird, liegt in dem grössern oder geringern Angriffe gegen die natürlichen Rechte der Menschheit; nun kann es seyn, daß eine That einen solchen Angriff in sich faßt, und zwar in eben dem Grade wie ein genanntes Verbrechen; daraus folgt aber noch nicht, daß sie müsse gestraft werden. Denn dazu ist positiver Wille des Gesetzgebers nöthig; aber es ist leicht gedenkbar, daß dieser es nicht nöthig findet, einen solchen Angriff zu bestrafen, weil er ihn auf andere Weise verhüten kann. Wenn also auch der Grund der Strafgesetze in einem nicht genannten Falle eintritt, dieser jedoch dem Begriffe nach nicht zu einem Geschlechte von Verbrechen gehört, was im Gesetze genannt ist, so kann der Richter sich der ausdehnenden Auslegung nicht bedienen, nicht strafen. Der Betrug in Verträgen ist gerade nicht allezeit eine Verfälschung (falsum) im peinlichen Sinne. Nun kann bey einem Dolus in Verträgen zwar nicht der Begriff eines Verbrechens des Falsum, jedoch die Schädlichkeit desselben eintreten; aber doch folgt nicht daraus, daß der dolose Paciscent wie der Falsar zu bestrafen sey.

§. 119.

Wann eigentlich ausdehnende Auslegung Platz greife.

Aber alsdann tritt ausdehnende Auslegung ein, wenn eine That zwar im Gesetze nicht genannt ist, aber doch den

den Begriff der dort ausgedruckten Fälle an sich trägt, und der Grund des Gesetzes bey ihr vollkommen anwendbar ist. Beyde Puncte müssen vereinigt seyn; die Idee der im Gesetze benannten That, und der Maasstab ihrer Strafbarkeit der Grund des Gesetzes muß bey einer Handlung zusammentreffen. Alsdann ist es nicht mehr ein ganz ungenannter Fall, sondern er ist es nur im materiellen Sinne; er gehört als Unterart, species, zu dem ausgedrückten Geschlechte, genus. Dann kann der Richter ohne Bedenken sagen: die Worte des Gesetzes geben nur einige Beyspiele eines Geschlechts von Verbrechen an; nun giebt es noch andere Fälle auf die der Grund und Begriff des Gesetzes paßt; also sind die Worte desselben zu eng, und muß bey allen ungenannten Fällen die nämliche Entscheidung eintreten, wenn die doppelte oben gedachte Voraussetzung eintritt *). Von einer Lage solcher Art verstehe ich den 105. Art. der P. G. O. **) Kommt also dem Richter ein solcher Fall vor; so muß er

*) Böhmer ad Carpzov. qu. 133. obs. 2. und ad art. 105. §. 1. Unter solchen Einschränkungen kann analogische Entscheidung eintreten. Lesenswürdig sind die Bemerkungen Nettelbladts in der Diss. de decisione casuum secundum analogiam Halae, 1763. C. 3.

**) Item ferner ist zu vermerken, inn was peinlichen fellen oder verklagungen, die peinlichen straff inn disen nachvolgenden artickeln nit gesetzt oder genugsam erklert oder verstendig wer, sollen Richter und urtheyler (so es zu schulden kompt) radts pflegen, wie in solchen zufelligen oder unverstendlichen fellen unsern Keyserlichen rechten und diser unser ordnung am gemessigsten gehandelt und geurtheilt werden soll, und alsdann jre erkanntnuß darnach thun u. s. w.

er erstlich untersuchen, welcher Begriff, welches Geschlecht der im Gesetze genannten Verbrechen hier existire; und wenn er dieß gefunden hat, muß er sehen, ob der Maasstab der Strafbarkeit dieses Geschlechts bey dem unbenannten Falle vollkommen eintrete; und wenn auch dies sich so verhält, alsdann kann er die Strafe des Gesetzes auf diese nicht ausdrücklich benannte Unterart der gesetzlichen Gattung anwenden. Dadurch wird er, wie der 105 Art. sagt, „den kayserlichen Rechten und dieser unser Ordnung am gemeßigsten handeln und urtheilen *). Sollte bey einer im Gesetze nicht benannten That der Begriff des Geschlechtes aber nicht ganz der Maasstab dessen Strafbarkeit eintreten, so muß allerdings Strafe statt finden aber nicht die ordentliche sondern eine gelindere. Aber wie kann der Richter wissen, ob der gesetzliche Begriff und Grund bey dem ungenannten Falle Platz greife? Bekanntlich setzen die Strafverbote selten den Begriff der Verbrechen fest, sondern nennen allenfalls nur einen oder den andern besondern Fall. Hier muß der Richter die Merkmale und Bestandtheile des Verbrechens untersuchen, wie sie das Gesetz und die Natur der Sache an die Hand giebt; er muß den Grund des Gesetzes warum er so und nicht anders straft, zu finden sich bemühen, endlich die

*) Aehnliche Maasregeln empfiehlt auch das römische Recht L. 10. 11. 12. 13. 27. D. de legibus. Hagemanns und Günthers Archiv für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit Th. I. nr 2. Ueber die Natur und Gränzen der richterlichen Willkühr bey Anwendung der Strafgesetze, S. 90.

Bedingungen prüfen unter denen das Gesetz die ordentliche Strafe gestattet; aus allen diesen Bemerkungen kann er den Schluß machen, wie die ungenannte That zu bestrafen sey, ob bey ihr die ausdehnende Auslegung und ordentliche Strafe statt finde oder nicht.

§. 120.

Positive Gesetze über das Befugniß des Richters zur ausdehnenden Auslegung.

Auch aus dem positiven Rechte läßt sich erweisen, daß dem Richter die ausdehnende Auslegung zukomme. Die L. 7. §. 3. D. ad L. Iul. majest. setzt die Verbrechen, quae ad exemplum legis vindicanda sunt ausdrücklich jenen entgegen, quae ex scriptura legis descendunt *) aber was sind die ersten anders, als unbenannte Fälle, auf welche die Verfügung des Gesetzes angewandt wird? Nebstdem giebt es noch andere Beyspiele, daß ein Gesetz auf unbenannte ähnliche Fälle dürfe angewandt werden **). Diese Verordnungen sind keine Ausnahmen, sondern verschiedne

*) Hoc tamen crimen a judicibus non in occasionem ob principalis majestatis venerationem habendum est, sed et in veritate: nam et personam spectandam esse, an potuerit facere, an ante quid fecerit, et an cogitaverit, et an sanae mentis fuerit, nec lubricum linguae facile ad poenam trahendum est: quanquam enim temerarii poena digni sint, tamen ut insanis illis parcendum est, si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est.

**) L. 8. D. de sepulcr. violat. L. 59. 64. D. de rit. nuptiar. L. 3. D. ad L. Pompej. de parricid.

schiedne Fälle welche züsammen in Verbindung mit L. 7. ad L. Iul. majest. und den oben angeführten allgemeinen Verfügungen aüs dem Titel der Pandecten de legib. senatusconf. et long. consuetud. die Regel ausmachen, daß das römische Recht die ausdehnende Auslegung zulasse. Die P. G. O. Art. 117. nennt einige Arten der Blutschande, und sagt hernach: in solchen und noch nehern Sipschaften u. s. w. also auch hier ist es erlaubt, die Verfügung des Gesetzes auf ungenannte ganz ähnliche Fälle auszudehnen. Eben dies kann auch aus dem 137. u. 148. Art. geschlossen werden. Der 105. Art. verordnet überhaupt, in unbenannten Fällen soll man sich so genau als möglich (am gemeßigsten) ans kayserliche Recht und die P. G. O. halten; wie kann man aber dies mehr thun, als wenn man bey vollkommner Aehnlichkeit des Begriffs und Grundes sich an die gesetzliche Verfügung hält? *) Selbst jene Schriftsteller, die alle ausdehnende Auslegung verwerfen, erstrecken den 137. Art. auch auf das latrocinium und assassinium, von denen im Gesetze kein Wort vorkömmt.

*) Daß dem Richter ausdehnende Auslegung zukommen behaupten Matthaeus de crimin. L. 48. Tit. 18. C. 4. num. 4. Böhmer ad art. 105. §. 1. Quistorp §. 3. Walch glossar. germanic. interpretat. C. C. C. inserv. in der introductione ad lectionem C. C. C. pag. 84. 128. Cremani L. I. P. II. C. 13. §. 17. sq. Der sich aber doch etwas unbestimmt ausdrückt. Dem Richter sprechen aber dies Befugniß ab Meister jun. princ. jur. crimin. §. 3. Püttmann advers. jur. L. 2. C. 29. pag. 201.

§. 121.

Auslegung dunkler Gesetze.

Sind die Worte eines Gesetzes dunkel, dann tritt grammatische Auslegung ein, welche nach den Regeln der Hermeneutic die Deutlichkeit herstellen muß. Reichen aber diese Grundsätze nicht hin, diesen Zweck zu erreichen, alsdann ist es Pflicht des Richters sich an den Landesherrn zu wenden, und von ihm authentische Erklärung zu verlangen. Jedoch lehrt die Erfahrung, daß hier öfter usuelle Auslegung an die Stelle der authentischen tritt. Verschiedne Artikel der P. G. O. sind offenbar dunkel und zweydeutig. Aber der Gerichtsgebrauch hat ihnen einen bestimmten Sinn beygelegt, und dieser ist meist durch stillschweigende Einwilligung der höchsten Gewalt bestärkt worden. Die Zeit hat manchen Stellen dieses Reichsgesetzes Deutlichkeit und wenigstens einen bestimmten Sinn verschaft, den sie ursprünglich nicht hatten. Immer aber muß bey aller Auslegung auf die Absicht des Gesetzgebers gesehen, und nach dieser die Regeln der Auslegungskunde beobachtet werden *). Insbesondere bey der logischen Erklärung ist auf den Grund des Gesetzes alle Rücksicht zu nehmen; und hierin kann man einen Vorzug der P. G. O. nicht verkennen, daß sehr häufig der Grund des Gesetzes ausdrücklich ist angeführt worden, folglich der Richter sich nicht viele Mühe zu geben

*) Schön ist, was **Klein** hierüber sagt. Annalen B. I. S. 365 folg.

geben braucht, ihn zu suchen *). Daß man im Zweifel die billigere Auslegung annehmen müsse, ist zu tief in der Natur der Sache und den positiven Gesetzen **) gegründet, als das es einer weitern Ausführung bedürfte.

§. 122.

Anwendung der Gesetze. Wann muß der Richter ein Verbrechen strafen, welches ausser dem Gerichtsbezirke begangen ward?

Wenn das Gesetz so beschaffen ist, daß die Nothwendigkeit einer Auslegung wegfällt, so ist bey vorkommenden Fällen nichts anders erfoderlich, als dessen Anwendung. Bey dieser muß man aber voraussetzen, daß nicht nur das Gesetz überhaupt gültig, sondern auch durch keine entgegenstehende Observanz ausser Gebrauch gesetzt sey. Beyspiele der letztern Art liefert uns die P. G. O. häufig. Da dieses Gesetz für unsere Zeiten größtentheils unzweckmäßig ist, so sind verschiedene Verordnungen derselben ausser Gebrauch gekommen, und durch die Praxis gemildert worden. Daraus folgt aber nicht, daß die Richter heut zu Tage nicht an die Caroline gebunden seyen. Vielmehr ist dieselbe ein Reichsgesetz, das noch heut zu Tage besteht, und gültig ist, also von jedem Richter muß befolgt werden, wenn er nicht erweisen kann, daß es durch Landesgesetze oder unstreitige Observanz sey ab-

*) Walch a. a. O. S. 85. hat Beyspiele angeführt.

**) L. 11. L. 42. D. de poenis L. 155. §. fin. L. 192. D. de reg. jur. C. 15. C. 49. de reg. jur. in 6.

abgeschaft worden. — Eine besondere Beschwerde hat die Sache alsdann, wenn ein Verbrechen zu bestrafen ist, welches nicht im Gerichtsbezirke des strafenden Richters begangen ward. Hier entsteht eine doppelte Frage, wann ein Richter schuldig sey, eine Missethat zu bestrafen, die ausser seinem Gerichtsbezirke verübt ward? und nach welchen Gesetzen? In Ansehung der ersten Frage ist dem Richter alsdann das Recht und die Pflicht zuzusprechen, ein Verbrechen zu bestrafen, wenn dadurch 1) die Gesetze seines Gerichtsbezirkes sind verletzt worden, und 2) der Verbrecher schuldig war, diese Gesetze zu beobachten. Das erste Erfoderniß ergiebt sich daraus, weil jeder Richter nur über die Gesetze seines Gerichtsbezirks wachen, und deren Ansehen erhalten muß. So wie ihn also fremde Gesetze nichts angehen, so kann er auch keine Pflicht haben, deren Ueberschreitung zu bestrafen. Aber auch der zweyte Punct ist wesentlich. Wie können Gesetze gegen Jemanden angewandt werden, die er nicht kannte, nicht zu beobachten schuldig war? Setzen wir den Fall, daß ein Spanier ausser Teutschland ein Verbrechen begeht, was auch nach preußischen Gesetzen ein solches ist, und der Verbrecher wird in Preussen erwischt. Hier ist zwar gegen die Gesetze dieses letzten Landes gefehlt worden: aber der Verbrecher kannte sie nicht, war nicht schuldig, sie zu befolgen, kann also nach ihnen nicht gerichtet werden. Aus diesen Grundsätzen ergiebt sich: 1) daß der Richter Verbrechen nicht bestrafen könne, die nach den Gesetzen seines Gerichtssprengels diese Eigenschaft nicht haben; obgleich die That

nach

nach den Gesetzen des Orts ihrer Existenz Verbrechen ist *). Es kommt nicht darauf an, ob die That nach andern teutschen oder europäischen Gesetzen verboten ist, oder nicht; genug, daß dieß Verbot an dem Orte nicht existirt, wo der Verbrecher sich gegenwärtig aufhält, oder seinen Wohnort hat. 2) Eben so können auch Verbrechen nicht von teutschen Richtern gestraft werden, die von einem Nichtteutschen ausser Teutschland sind begangen worden **). Das teutsche Reich und andere europäische Staaten haben kein solches gemeinschaftliches Recht, das durch eine Uebereinkunft angenommen wäre und die Unterthanen wechselseitig verbände. Sollten auch teutsche und andere europäische Gesetze in einem Puncte zusammentreffen, so ist dieß ein bloser Zufall, der keine gemeinschaftliche Pflicht erzeugen könnte. Wenn auch eine That eben so nach englischen wie nach teutschen Gesetzen Verbrechen ist, so kann man, wenn sie ein Engländer in England vollzieht, nicht sagen, daß

*) Das Gegentheil behauptet I. A. Rudolph de poena delictorum extra territorium admissorum Erlang. 1790. §. 11.

**) Rudolph §. 8. macht eine Ausnahme von dieser Behauptung, wenn ein Nichtteutscher einen Teutschen außer Teutschland verletzt, dann könne er im letzten Lande als Verbrecher bestraft werden. Aber ich möchte wissen nach welchen Gesetzen? jene die am Orte der begangnen That gelten, verbinden den Richter nicht; die teutschen Gesetze hat der Verbrecher nicht überschritten; ein gemeines Recht in Ansehung Teutschlands und anderer Staaten giebt es nicht, und das Naturrecht, was R. nach dem §. 15. will eintreten lassen, kennt weder Verbrechen noch Strafe in strengem Sinne.

er die teutschen Gesetze überschritten habe. Denn diese zufällige Uebereinstimmung verbindet ihn nicht, diese Verordnungen als teutsche zu beobachten; der teutsche Richter kann also auch hier nicht strafen, weil nur die englischen, nicht aber die teutschen Gesetze überschritten wurden.

§. 123.

Fortsetzung.

3) Wenn ein Nichtteutscher in Teutschland ein Verbrechen begeht, so ist jeder teutsche Richter zu strafen schuldig, dessen Gesetze sind verletzt worden. Folglich wenn die That die Specialgesetze des Orts, wo sie begangen ward, verletzt, ist der Richter dieses Orts dazu verbunden; wenn sie gegen das gemeine teutsche Recht ist, jeder Richter Teutschlands. Denn so lange sich ein Fremder im teutschen Reiche aufhält, muß er auch dessen Gesetze beobachten, also unterwirft er sich ihrer Strenge, wenn er gegen ihr Strafverbot handeln sollte. 4) Vollzieht ein Teutscher ausser Teutschland eine Missethat, so kann und muß der teutsche Richter strafen, wenn 1) durch diese That teutsche Gesetze sind überschritten worden, und 2) der Verbrecher sie auch ausser Teutschland zu befolgen schuldig war. Ein Maynzer z. B. muß von teutschen Richtern bestraft werden, wenn er seinen Wohnsitz noch wirklich im Maynzischen hat, und in Frankreich einen Todschlag begeht. So lange er sein Domicilium in Teutschland behält, ist er auch schuldig, dessen Gesetzen sich zu unterwerfen; davon

von befreyt ihn eine vorübergehende Abwesenheit aus seinem Vaterlande nicht *); vollzieht er nun in Frankreich einen Mord, so verletzt er dadurch die teutschen Gesetze, die er überall zu befolgen schuldig war, also muß ihn jeder teutsche Richter strafen. Davon nehme ich aber eine Ausnahme in dem Falle an, wenn ein teutsches Gesetz auf einen gewissen Ort eingeschränkt ist. Der Schleichhandel z. B. ist in gewissen Ländern verboten, aber nur in dem Gebiete, wo ein solches Gesetz besteht, nicht auswärts. Wenn nun ein Oesterreicher in einem andern teutschen oder europäischen Staate Schleichhandel treibt, so kann er von österreichischen Richtern nicht bestraft werden, weil die Gesetze, die in Oesterreich diesen Handel verbieten, blos auf das Gebiet dieses Staats eingeschränkt sind, und nicht weiter sich erstrecken. 5) Wenn ein Teutscher in Teutschland ein Verbrechen gegen das gemeine Recht begeht, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß jeder teutsche Richter strafen müsse, da hier die doppelte Bedingung eintritt, die oben angenommen ward. Aber es ist möglich, daß eine Handlung nach verschiedenen Specialgesetzen Teutschlands Missethat ist, aber nicht nach dem gemeinen Rechte; hier ist der Richter nicht schuldig und nicht berechtigt, eine Strafe zu verhängen, wenn die That ausser seinem Gerichtsbezirke ist begangen worden. Setzen wir, daß nach österreichischen und preussischen Gesetzen etwas verboten ist; die That wird im ersten Lande be-

*) Rudolph §. 20.

begangen, der Verbrecher im zweyten erwischt; hier kann der preussische Richter nicht strafen *), denn das österreichische Gesetz verbindet den Richter nicht; das preussische legte dem Verbrecher keine Verbindlichkeit auf; also ist keine Norm da, nach welcher gerichtet werden könnte.

§. 124.

Nach welchen Gesetzen soll eine That gestraft werden, die außer Gerichtsbezirke begangen ward?

Nach welchen Gesetzen ist aber eine That zu beurtheilen, die außer dem Gerichtsbezirke begangen ward? Hier geben sich die Schriftsteller sehr viele Mühe, zu untersuchen, was ein außer dem Gebiete verübtes Verbrechen sey **); und doch kömmt es nach meinem Ermessen nicht darauf an, ob eine That außer dem Gebiete des Landesherrn, sondern ob sie außer dem Bezirke des strafenden Richters verübt ward. Dieser ist nur die Gesetze anzuwenden schuldig, die in dem Umfange seiner Gerichtsbarkeit gelten. Wenn auch im nämlichen Gebiete unter demselben Landesherrn andere Gesetze gültig seyn sollten, so verbinden sie den untersuchenden Richter nicht, wenn sie nicht insbesondere am Orte seines Gerichtszwangs gelten. Der böhmische Richter ist z. B. nicht schuldig, die Gesetze anzuwenden, die in Oesterreich oder Ungarn allein herrschend sind. Es kann also geschehen, daß der Ort

*) G. L. Böhmer de delictis extra territorium admissis §. 15. in electis juris civilis Tom. III. ex 20.

**) Rudoplh a. a. O. §. 1. folg. hat die verschiednen Fälle wohl auseinander gesetzt.

Ort der begangnen That und jener der Untersuchung dem nämlichen Landesherrn unterworfen sind, und doch die Gesetze des ersten Orts nicht in Anwendung kommen, weil sie in der Provinz wo die Untersuchung ist, kein Ansehen haben. Da in dem nämlichen Staate desselben Landesherrn verschiedne Gesetze herrschen können, so kömmt es nicht so wohl darauf an, ob die That ganz außer dem Gebiete begangen ward, sondern nur der Umstand kömmt in Betracht, ob die That im Gerichtsbezirke des strafenden Richters vorfiel, oder außer demselben. Der letzte Fall gehört hieher. Wenn der Ort der begangenen That und der, wo untersucht wird, so vollkommen einem Landesherrn unterworfen sind, daß gerade die nämliche Gesetzgebung an beyden Orten herrscht, so wird diese ohne Bedenken angewandt. Alsdann aber wird die Entscheidung nach den Gesetzen des Orts der Untersuchung gefaßt, wenn der Richter als judex domicilii gegen einen Unterthanen untersucht, der anderwärts ein Verbrechen begieng, wodurch er die Gesetze seines Wohnorts verletzte. Denn diese letzte Gesetze ist man auch anderwärts zu befolgen schuldig, man kann sie nicht nur in diesem Gebiete selbst, sondern auch auswärts verletzen, und ihrer Strafe sich unterwerfen. Wenn aber in dem Orte der begangenen That andere Gesetze herrschen, als im Gerichte, das untersucht, auch die Gesetze des letzten Orts nicht eintreten, so kann keine andere Norm gedacht werden, als das gemeine deutsche Recht *). Denn das Gesetz, was

*) Böhmer a. a. O. §. 17. sq. Meister ausführl. Abh. des peinlichen Processes S. 682. folg.

was in dieser Lage statt haben soll, muß die doppelte Eigenschaft haben, daß es 1) der Verbrecher auf dolose oder culpose Art übertreten hat, 2) der Richter schuldig ist, es gegen vorkommende Fälle anzuwenden. Nun hat diese Eigenschaft erstens das Gesetz nicht, was am Orte der begangenen That allein gilt; dies hat zwar deren Urheber überschritten, aber es verbindet den untersuchenden Richter nicht, es ist in Rücksicht seiner eine fremde Verfügung die ihn gar nichts angeht. Eben so wenig kann zweytens das Gesetz eintreten, was am Orte der Untersuchung allein gilt. Denn dieses kannte der Verbrecher nicht, war es nicht zu befolgen schuldig. Also bleibt nichts übrig, als das gemeine teutsche Recht. Aber hiebey wird vorausgesetzt, daß dieses gemeine Recht am Orte des begangnen Verbrechens und der Untersuchung gleichgültig und wirksam ist. Wenn das gemeine Recht durch Specialgesetze so abgeändert ward, daß die Handlung nach den letzten aufhört, Verbrechen zu seyn, so fällt alle Untersuchung weg. Denn geschieht diese Abweichung am Orte der verübten That, so begieng deren Urheber nichts unerlaubtes. Herrscht sie am Platze, wo untersucht werden soll, so darf der Richter nicht untersuchen, weil dessen Landesherr die Handlung aus der Reihe der Verbrechen vertilgte. Sollten aber gemeine und specielle Gesetze darin übereinkommen, daß die Handlung Missethat sey, so muß jeder teutsche Richter untersuchen und strafen, wenn auch diese Gesetze in der Strafbestimmung von einander abweichen. Wie aber wenn die Specialgesetze eine andere Strafe drohen, als das gemeine

meine Recht? welche Strafe muß hier eintreten? Dann hat es keinen Anstand, daß es dem Verbrecher nicht schaden könne, wenn die Specialstrafe härter seyn sollte, als jene des gemeinen Rechts; sondern es muß die letztere Platz greifen *). Eben so richtig ist es, daß dem Verbrecher die Milderung zu statten kommen müsse, die am Orte der Untersuchung gültig ist; hier will der Landesherr des letzten Orts das gemeine Recht nicht angewandt wissen, sondern er verordnet gelindere Strafe. Ob nun gleich der Verbrecher die härtere Ahndung des gemeinen Rechts verdient hat, so muß doch jene gelindere eintreten, weil der Landesherr, dessen Richter nun straft, es so haben will, daß Verbrechen dieser Art gelinder sollen behandelt werden. Wenn aber die That zwar nach gemeinem Rechte Verbrechen ist, aber am Orte ihrer Existenz gelinder als nach gemeinem Rechte bestraft wird: so muß der Richter der untersucht auch strafen, da das gemeine teutsche Recht also auch das Gesetz seines Gerichtsbezirks verletzt ist. Aber er muß die Milderung, die am ersten Orte statt findet, dem Verbrecher zutheilen **), nicht als ob den Richter die Gesetze des Orts der begangenen That verbänden, sondern weil unter solchen Umständen die Zurechnung geringer ist. Der Verbrecher hat eine Missethat, die in ganz Teutschland dafür gehalten wird, begangen; aber da das gemeine Recht in der Gegend der vollzogenen That ist gemildert wor-

*) Böhmer §. 23.

**) Derselbe §. 21.

worden, so hat er zunächst die Specialgesetze dieses Orts verletzt, aber eines geringern Dolus sich schuldig gemacht, da er die geringere Strafe des statutarischen Rechts nicht achtete, da sein Vorsatz ohne Anstand grösser würde gewesen seyn, wenn die Abweichung vom gemeinen Rechte nicht existirte, folglich derselbe die schwerere Strafe dieses Rechts verachtet, und dagegen gefehlt hätte.

§. 125.

Wann die ordentliche Strafe statt finde; wann und wie Milderung oder Schärfung eintreten müsse.

Die Hauptpflicht des Richters besteht also darin, daß er die Gesetze genau befolget, und wenn ein Verbrechen begangen ward, die ordentliche Strafe vollstreckt. Aber um dies letztere thun zu können, wird natürlicherweise vorausgesetzt, daß alle Bedingungen da sind, welche der Wille des Gesetzgebers erfodert, um die Regel eintreten zu lassen *). Anders muß die Entscheidung ausfallen, wenn es am Daseyn dieser Bedingungen mangelt. Dann ist es ausdrücklicher oder stillschweigender Wille des Gesetzgebers, daß eine außerordentliche Strafe eintreten soll **). Diese ist entweder gelinder oder strenger, je nachdem Milderungs- oder Schärfungsgründe da sind. Daß aber der Richter für sich das Recht habe, die Strafe zu mildern oder zu schärfen, läßt sich leicht erweisen. Erstens haben es die Gesetze öfter ausdrücklich ge-

*) Hagemanns und Günthers Archiv Th. I. S. 72.

**) Meister jun. princ. jur. crim. §. 114.

gesagt, daß die Strafe nach Umständen soll gemildert oder geschärft werden. Davon kommen im römischen und teutschen Rechte Beyspiele in Menge vor, und sind im ersten und gegenwärtigen Theile dieses Werks häufig angeführt worden. Und wenn auch zweytens dies nicht bestimmt ward, so liegt es in der Gewalt des Richters die Gesetze zu erklären, daß er die Strafe mildern oder schärfen kann. Denn diese Veränderung der ordentlichen Ahndung ist ein Fall der einschränkenden Auslegung, wo es heißt: dieser Fall ist nicht unter dem Gesetze begriffen, weil die Voraussetzungen des letzten nicht alle eintreten, also muß eine andere als die ordentliche Strafe statt finden. Und überhaupt wenn der Gesetzgeber die Umstände und Bedingungen angiebt, unter welchen die ordentliche Strafe Platz haben soll: so will er eben deswegen diese nicht angewandt wissen, wenn jene nicht existiren. Der Richter muß also auf eine andere, als die gesetzliche, Ahndung erkennen *). Jedoch darf der Richter so wenig als immer möglich von der ordentlichen Strafe abweichen, wenn er diese mildert oder schärft. Und zwar wenn eine Verminderung der Strafe zu erkennen ist, und das gesetzliche Uebel verschiedne Grade zuläßt, so tritt auch die im Gesetze gedachte Strafe ein, nur wird einer oder der andere Grad davon nachgelassen. Wenn aber die Ahndung nicht anders kann gemildert werden, als dadurch, daß man zu einer andern Gattung von Uebeln übergeht, wie dies z. B. bey einfachen Todesstrafen der Fall

*) Angef. Archiv S. 81.

Fall ist: so wird ein solches Uebel gewählt, das der Grösse des Verbrechens angemessen ist, und dem im Gesetze gedachten so nah als möglich kömmt. Aber bey der Schärfung der Strafe darf der Richter nie von der gesetzlichen abweichen, sondern auf diese erkennen, und nur einen verhältnißmäßigen Zusatz hinzufügen *). Dieß liegt im Begriffe: eine Strafe schärfen heißt nichts anders, als eben sie mit einiger Beschwerung anwenden. Die gesetzliche Ahndung kann öfters nicht anders gemildert werden, als wenn man ein anderes Uebel wählt; die Natur der Sache fodert also hier eine Abweichung von der gesetzlichen Regel. Aber eine Schärfung der Strafe kann zugleich mit ihrer Anwendung bestehen. Der Richter würde also die Gränzen seines Amts überschreiten, wenn er ohne Noth von der Strafe des Gesetzes abweichen wollte. Milderung und Schärfung müssen in jedem einzelnen Falle Platz greifen, so oft der Grund des Gesetzes nicht ganz, oder mehr als gewöhnlich vorhanden ist. Hierin äußert sich ein grosser Unterschied zwischen peinlichen und bürgerlichen Gesetzen, da die Anwendung der letztern nicht aufhört, wenn auch in einem einzelnen Falle der Grund des Gesetzes wegfallen sollte.

§. 126.

Kann sich der Richter mit dem Verbrecher vergleichen?

Da dem Richter die Anwendung der Gesetze vorzüglich zusteht, so hat er das Recht nicht, sich mit dem Ver-

*) Meister §. 117.

Verbrecher in Vergleichsunterhandlungen einzulassen, von diesem einen Theil der Strafe anzunehmen, den andern zu schenken. Ein solches Verfahren würde offenbar die Anwendung der Gesetze hindern, ihr Ansehen herabsetzen, und die Gränzen des richterlichen Amts überschreiten. Nur ein Fall wird gewöhnlich als Ausnahme angegeben. Wenn nämlich eine Sache so dunkel und verwickelt ist, daß der Richter vorsieht, er werde mit aller Untersuchung nicht weiter kommen: so soll er berechtigt seyn, Vergleichsweise eine Summe Geldes vom Verbrecher zu nehmen, oder diesen mit einer gelinden Strafe ohne weitere Untersuchung zu belegen, und so die Sache abzuthun *). Aber die Sache beruht auf keinen richtigen Gründen. Der Richter muß immer so weit untersuchen als er kann, steht er nun am Puncte, daß er keinen weitern Aufschluß zu erhalten im Stande ist: so muß er alsdenn die Strafe oder das Verfahren bestimmen, das mit den Umständen übereinstimmt. Er kann sich aber mit dem Verdächtigen oder Verbrecher in keine Unterhandlungen einlassen **), da die Strafgesetze der Willkühr der Privatpersonen nicht können überlassen werden: eine transactio pro redimenda vexa ist also ein Unding.

§. 127.

Kann der Richter die Strafe verwandeln?

Aus denselben Gründen muß auch dem Richter das Recht abgesprochen werden, die Strafen zu verwandeln.

*) Böhmer ad Carpzov qu. 148. obs. 1. Quistorp §. 104. Paalzow compend. jur. crimin. §. 168.

**) Chladenius de arbitrio judicis in commutandis poenis Wittenb. 1728. §. 15.

deln *). Der Beweiß liegt im Begriffe der richterlichen Gewalt, die blos dazu vorhanden ist, um die Gesetze anzuwenden, nicht um sie zu verändern. Verwandlung der Strafe setzt deren Bestimmung voraus, die entweder durch das Gesetz oder Urtheil geschieht. In keinem Falle läßt sich eine Veränderung gedenken. Hat das Gesetz die Strafe vorgezeichnet, so will es eben deswegen aller Willkühr Schranken setzen, und befiehlt, daß gerade diese Strafe angewandt werde. Ist durch ein Urtheil die Strafe genau bestimmt, so hat der Richter seinem Amte Genüge geleistet; aber er kann das Urtheil nicht mehr abändern. Denn da dies gesprochen ist, so hat der Staat ein volles Recht zu fodern, daß es auch vollzogen werde. Die Einrichtung des Justitzwesens bringt es mit sich, daß Urtheile nicht willkührlich gesprochen und abgeändert, sondern daß sie nach richtigen Grundsätzen gefällt, und dann unabänderlich vollstreckt werden. Hiemit stimmt auch das römische Recht überein **), welches nicht einmal dem Präses der Provinz erlaubte, die einmal gesprochene Strafe zurück zu rufen, obgleich diese Obrigkeiten eine viel grössere Gewalt als die Richter

hat-

*) Stelzer Grundsätze des peinl. Rechts Th. I. Kap. 13. §. 6. Engau elem. jur. crim. §. 85. Quistorp §. 98. Daß die sächsischen Patrimonialrichter einige Leibsstrafen in Geldbußen verwandeln können, ist etwas besonders. Wernher de jure poenas in mulctam convertendi nobilibus dominisque jurisdictionalibus competente Wittenb. 1734.

**) L. 15. C. de poenis. L. 1. C. sentent. rescindi non posse. L. 2. C. de sentent. ex peric. recit. L. 14. D. de re judic. L. 1. §. 27. D. de question.

hatten. Um so weniger kann also diese Macht unsern Richtern zugestanden werden *). Unterdessen kann doch die Verwandlung der bestimmten Strafe nöthig werden, wenn es der offenbare Wille des Gesetzgebers will, oder wenn physische oder moralische Unmöglichkeit sie zu vollziehen eintritt. Dieß ist der Fall, wenn dem Verbrecher dasjenige abgeht, was die Strafe entziehen soll **). So kann der Arme nicht mit Geldbußen ***), der Ehrlose nicht mit Infamie belegt werden; so kann die Verstümmelung des Körpers gegen jenen nicht statt finden, der an dem Theile schon verstümmelt ist. Nebst dem kann es seyn, daß der Grund, warum der Gesetzgeber strafte, von demselben ausgedrückt oder sonst deutlich ist, dieser Grund aber in einem oder dem andern Falle ganz wegfällt, hier kann der Richter auf eine andere als die bestimmte Strafe erkennen †). Es soll jemand aus

 dem

*) Böhmer ad art. 105. §. 7. meint, der Richter könne ein peinliches Urtheil wieder abändern, weil es nie in Rechtskraft übergehe. Aber dieser Grundsatz geht nur auf das Beßte des Verbrechers, daß er eine Nachlassung der Strafe auch nach dem Urtheile erhalten kann, wenn er Unschuld oder geringere Strafbarkeit erweiset. Daraus folgt noch keine unumschränkte Willkühr des Richters. Quistorp §. 100. giebt dem Richter in willkührlichen Fällen ein vollkommnes Recht, die Strafe nach Belieben in eine andere umzuschaffen; aber obschon er hiebey ein unstreitiges Recht hat, zu wählen, so hat er doch aus den angeführten Gründen kein Befugniß, die einmal bestimmte Strafe willkührlich aufzuheben.

**) Stelzer a. a. O. §. 3.

***) L. 6. §. 9. D. de offic. praesid.

†) Quistorp §. 99. Archiv von Hagemann und Günther Th. I. S. 79.

Lande verwiesen werden, um dessen Andenken zu vertilgen. Nun ist ganz in der Nähe ein benachbartes Land, was den Verwiesenen duldet, so daß es eben so viel ist, als wenn er am Orte des Gerichts lebte. Hier kann der Gesetzgeber die Landesverweisung nicht wollen. Eben so ist zu vermuthen, daß der Wille des Gesetzgebers nicht auf die ordentliche Strafe gehe, wenn der Hauptschaden derselben zufälligerweise einen Unschuldigen eben so und noch mehr trift, wie dieß bey der Landesverweisung eines Leibeigenen der Fall ist *). Stelzer **) sagt überhaupt, die Strafe müsse verwandelt werden, wenn der aus ihr fließende Vortheil geringer sey als der gegenwärtige Schaden. Dieß kann zwar für den Gesetzgeber ein Beweggrund seyn, die Strafe für die Zukunft zu verwandeln; aber den Richter kann dieser Umstand allein nicht bewegen, die gesetzliche Strafe zu verändern. Dazu wird entweder Unmöglichkeit, oder offenbarer Wille des Gesetzgebers erfodert ***). Uebrigens wenn der Richter die Strafe umändert, so darf er sie weder erhöhen noch mil-

*) Engau §. 85. Böhmer art. 105. §. 7.

**) a. a. O. §. 5.

***) Wann unser Keyserlich Recht, sagt Art. 104. P. G. O. etlich peinlich straff setzen, die nach Gelegenheit dieser zeit und land unbequem, und eyns theyls nach dem Buchstaben nit wol müglich zu gebrauchen weren, darzu auch dieselben recht die form und maß eyner jeglichen peinlichen straff nit anzeygen sondern auch guter gewohnheit oder erkanntnuß verstendiger Richter bevelhen, und inn derselben wilkühre setzen, die straff nach gelegenheit und ergernuß der übelthatt, aus lieb der gerechtigkeyt und umb gemeynes nutz willen zu ordnen und zu machen.

milbern, sondern er muß so viel möglich suchen, ein Uebel zu wählen, was dem abgeänderten ganz nahe kömmt, um das Gesetz, so viel möglich, zu beobachten *).

§. 128.

Veränderung der Geldbußen in andere Strafen wegen Armuth der Verbrecher.

Ob nun gleich dem Richter das Recht, Strafen zu verwandeln nicht gebührt, so giebt es doch nebst den oben genannten noch einige Fälle, wo ihm dieses Recht theils mit Recht theils mit Unrecht beygelegt wird. Erstens hat der Richter ein unstreitiges Recht, arme Verbrecher am Leibe zu bestrafen, wenn sie die Geldbuße nicht erlegen können. In einigen Fällen haben es die Gesetze ausdrücklich vorgezeichnet, welche Strafe gegen den Armen eintreten soll, wenn er die Geldbuße nicht bezahlen kann **). Gewöhnlich aber sagen die Gesetze, der Unvermögende soll nach dem Ermessen des Richters bestraft werden ***), oder er soll eine Leibesstrafe leiden †). Wenn das Surrogat der Geldstrafen vom Gesetze ist bestimmt worden, so muß sich der Richter genau daran halten. Sagt das Gesetz überhaupt: statt der

 Geld-

*) von Globig und Huster Abh. von der Criminalgesetzg. S. 93.

**) L. 12. §. 5. 8. C. de aedific. priv. II. Feud. 53. §. 1.

***) L. 25. D. de in jus vocando. L. 9. D. de incend. L. 1. f. D. de poen. L. 4. C. de serv. fugit. L. 6. C. de mod. mulctar.

†) L. 7. §. 3. D. de jurisd. L. ult. f. C. de sepulcr. viol.

Geldstrafe soll eine andere Ahndung eintreten, so hat der Richter allerdings Willkühr eine Strafe zu wählen, welche die Stelle der Geldbuße einnehmen kann. Etwas beschränkter ist die richterliche Gewalt, wenn das Gesetz befiehlt, daß der Verbrecher an seinem Leibe büßen soll, wenn er die Summe der Geldbuße nicht aufbringen kann. Ueberhaupt aber halte ich dafür, daß das Surrogat so beschaffen seyn müsse, daß es der Geldbuße so sehr als möglich nahe kömmt. Die Natur der Sache und die Meinung der Gesetze scheint mir keine andere zu seyn, als der Verbrecher soll mit seinem Körper die Strafe abverdienen, oder er soll durch Arbeit die Grösse der Geldstrafen dem Staate ersetzen. Es ist äußerst wahrscheinlich, daß das Gesetz ein solches Surrogat wolle, welches der ordentlichen Strafe am nächsten kömmt: und es ist der Analogie der Gesetze äußerst gemäß, daß wenn eine Verfügung nicht eintreten kann, man eine solche Entscheidung faßt, welche dem Gesetze am nächsten beykömmt*).

§. 129.

Nachlassung der Infamie durch Erkennung einer schwerern Bestrafung.

Aber offenbar falsch ist eine Meinung, die doch von so vielen**) behauptet wird, der Richter könne die vom Ver-

*) Mehr von dieser Materie kömmt vor bey Menken de tergo subsidiario, Quistorp §. 85. Farinac. qu. 26. Aber freylich geht die gemeine Meinung dahin, es könne die Geldstrafe in jede andere körperliche verwandelt werden.

**) Donauer de transactione legis cum delictorum reis de existimatione, quae fit per aggravationem poenae. Altorf 1697. Har-

Verbrecher verdiente Ehrlosigkeit dadurch nachlassen, daß er eine härtere als die gesetzliche Ahndung erkennt, die entweder nicht ehrlos macht, oder wobey die Ehre vorbehalten wird. Der Beweis dieser sonderbaren Meinung kann nicht aus dem Begriffe der richterlichen Gewalt geführt werden, sondern man beruft sich auf einige römische Gesetze *). Aber ich halte dafür, daß diese Stellen so zu verstehen seyen: es soll zwar Niemand schwerer bestraft werden, als das Gesetz will; wenn aber der Richter den Fehler gemacht, und jemanden zu schwer bestraft hat, so soll dieser dadurch entschädigt werden, daß ihm die Ehrlosigkeit nachgelassen wird. Diese Gesetze sprechen offenbar nicht vom Rechte, daß der Richter schwerer strafen und die Infamie nachlassen könne, sondern sie reden von der Handlung selbst, wenn jemand zu hart bestraft ward. Dann, sagen sie, soll man, um den Fehler wieder gut zu machen, die Sache als einen Vergleich betrachten; die

Harprecht de infamiae dispensatione quae fit per aggravationem poenae. Quistorp §. 100. Westphal Anm. 28. §. 4. Püttmann elem. jur. crim. §. 76. Matthaeus de crimin. L. 48. Tit. 18. C. 3. num. 12.

*) L. 13. §. 7. D. de his qui not. inf. Poena gravior ultra legem imposita existimationem conservat: ut et constitutum est, et responsum: utputa, si eum, qui parte bonorum multari debuit, Praeses relegaverit, dicendum erit duriori sententia cum eo transactum de existimatione ejus: idcircoque non esse infamem. L. 10. §. 2. D. de poenis. In personis tam plebejorum quam decurionum illud constitutum est, ut, qui majori poena adficitur, quam legibus statuta est, infamis non fiat: etc. L. 4. C. ex quib. caus. infam. irrog. L. 15. pr. D. ad municipalem.

da der Verbrecher schon so viel ausgestanden habe, als die Folgen der Ehrlosigkeit betragen mögen, so soll ihm letztere geschenkt seyn. Das römische Recht konnte nicht anders verordnen. Denn nach dessen Sinne und ausdrücklichen Willen entsteht die Infamie nicht aus der Strafe, sondern aus dem Verbrechen, das jene wirkte. Wird also jemand schwerer bestraft, als er verdient hat, so fehlt es am Grunde der Infamie; aus der Strafe entsteht sie nicht, und das Verbrechen, was sie wirken könnte, ist nicht vorhanden. Daß aber der Richter zu dem oft gedachten Verfahren berechtigt sey, davon kömmt in den Gesetzen keine Meldung vor, sondern sie bestimmen nur die Folgen, wenn es geschehen ist. Vielmehr sagen andere Gesetze, daß der Richter über die Strafe nicht nach Belieben schalten und walten könne *), ja daß er die Infamie, die aus einem Verbrechen entspringt, nicht nachlassen dürfe **). Und dies ist heut zu Tage um so gewisser, da die Ehrlosigkeit nach teutschen Grundsätzen aus der Art der Strafe folget. Wenn also die gesetzliche Strafe schon ehrlos macht, und der Richter noch schwerer straft; so wird Ehrsilogkeit um so mehr die Folge des richterlichen Verfahrens seyn, folglich um so weniger durch Erhöhung der Strafen können nachgelassen werden.

§. 130.

*) L. 131. D. de V. S. L. 1. §. 4. D. ad Sc. Turpill. L. 40. D. de injur. L. 3. C. ne sanct. baptism. iter.

**) L. 63. D. de furtis.

§. 130.

Begriff richterlicher Willkühr und Eintheilung willkührlicher Strafen.

Wenn aber die Strafe eines Verbrechens gar nicht oder nicht ganz genau bestimmt ist, dann tritt richterliche Willkühr ein. Darunter verstehe ich die Gewalt des Richters in jenen Fällen zu entscheiden, wo das Gesetz entweder gar nicht, oder nicht deutlich genug entschieden hat, insbesondere die Strafe eines Verbrechens zu bestimmen, wenn das Gesetz zwar im allgemeinen verordnet hat, daß gestraft werden soll, aber nicht auf welche Weise *). Hiebey wird vorausgesetzt, daß eine Handlung von den positiven Gesetzen als Verbrechen ist erklärt worden. Denn ohne diese Annahme kann der Richter nicht strafen, da er nicht im Stande ist, eine That als Verbrechen zu behandeln, die nach der positiven Gesetzgebung diese Eigenschaft nicht hat **). Das Gesetz muß also eine Handlung im allgemeinen mit einer Strafe bedroht haben. Nun kann es seyn, daß die That als Unterart zu einem im Gesetze benannten Geschlechte gehört; dann tritt die Macht und Pflicht des Richters ein, das Gesetz ausdehnend auszulegen; davon war oben die Rede. Wenn das Verbrechen eine eigne Classe ausmacht, und die Strafe desselben

*) E. I. T. Mantzel. de limitibus justitiae aequitatis juris aggratiandi et arbitrii judicis Ienae 1741. §. 44. Böhmer ad Carpz. qu. 133. obs. 1. Archiv von Hagemann und Günther Th. I. S. 74.

**) Cremani L. 1. P. II. C. 13. §. 14.

ben ganz genau vorgezeichnet ist, so hat die Sache keine Schwierigkeit. Aber es läßt sich auch gedenken, daß gar keine Strafe genannt ist, oder daß mehrere angegeben sind, aus denen eine soll gewählt werden. Hat die höchste Gewalt die Strafe gar nicht bestimmt, sondern nur im allgemeinen gesagt, es soll gestraft werden; dann ist die Strafe ganz willkührlich; (arbitraria plene talis) sind aber einige Strafen angegeben, dann sind sie nur zum Theil willkührlich (arbitraria secundum quid).

§. 131.

Ist es gut, dem Richter, viel Willkühr zu lassen?

Da hier die Rede von der Willkühr des Richters ist, so ist, ehe wir weiter gehen, die Frage zu untersuchen: ob es gut und räthlich sey, ob es mit den Grundsätzen einer guten Gesetzgebung übereinstimme, daß dem Richter in Ansehung der Strafe einige Willkühr gelassen werde? Einige sprechen dem Richter alle Willkühr ganz ab *); andere **) dehnen sie zu weit aus. Der Mittelweg wird darin bestehen: da Schuld und Unschuld meist von speciellen Umständen abhängt, diese Umstände aber fast nie vollkommen ähn-

*) Püttmann de arbitrio judicis e foro judiciisque eliminando Lips. 1771. in varior. opusc. syllog. n. VII. v. Valaze über die Strafgesetze, oder Entwurf zu einem allgemeinem Strafcodex III. Buch 1. Kap. VI. B. 14. K. Filangieri III. B. S. 443. 449.

**) Leyser sp. 3. sp. 645. Hommel rhaps. quaest. obs. 439. 505. Ebend. in den Noten zu Beccaria §. 3. Not. h. Schilter prax. jur. rom. ex. 49. §. 173.

ähnlich sind: so kann der Gesetzgeber unmöglich alle Fälle voraussehen, und für jeden einzelnen Fall eine specielle Strafe bestimmen *). Das Gesetz kann nichts anders thun, als das Geschlecht jedes Verbrechens, dessen Erfodernisse und Bestandtheile festsetzen, und die Strafe drohen, welche gegen alle Arten dieses Geschlechts statt haben soll, wenn sie die gesetzlichen Erfodernisse haben. Aber dem Richter muß die Anwendung des Gesetzes in ihrem ganzen Umfange zustehen; kömmt nun ein Fall des im Gesetze genannten Geschlechts vor: so muß der Richter das Recht haben, zu prüfen, ob dieser eine Art des Geschlechts sey, ob er die gesetzlichen Erfodernisse an sich trage. Findet sich nun, daß sich alles so verhalte, so muß der Richter diesen Fall mit der gesetzlichen Strafe belegen; denn nun ist er im Gesetze stillschweigend begriffen; in so fern kann also dem Richter ausdehnende Auslegung nicht versagt werden. Eben derselbe muß auch das Recht der einschränkenden Auslegung haben, wenn der Fall nicht mit den Bedingungen versehen ist, die zur Eintretung der gesetzlichen Regel erfodert werden. Auch dies Befugniß kann man ohne Absurdität dem Richter nicht absprechen. Aber ein offenbarer Fehler der Gesetzgebung ist es, wenn die Strafe eines Verbrechens im Gesetze gar nicht genannt, wenn sie dem Ermessen des Richters ganz überlassen ist. Wenn das Gesetz sagt: die That soll nach dem Gutbefinden des Richters gestraft wer-

*) von Globig und Huster Abhandl. S. 29. 164. Vier Zugaben S. 223.

den; warum setzt es nicht auch die Strafe fest? warum macht es den Richter zum Gesetzgeber, da es ihm freye Macht läßt, die Strafe zu wählen? Zum wenigsten sollte die Strafe im allgemeinen bestimmt seyn, welche gegen das ganze Geschlecht eintreten soll *). Und dies kann immer geschehen. Denn findet der Gesetzgeber für nöthig, eine Handlung unter Strafe zu verbieten, so muß er doch wissen, wie viel dem Staate daran gelegen ist, daß sie unterbleibe; so muß er doch gewiß im allgemeinen die Strafe wählen können. Aber Strafen, die zum Theile willkührlich sind, können auch in der beßten Gesetzgebung nicht vermieden werden. Oft ist es zwar leicht, die Strafe im allgemeinen zu finden; aber deren Dauer läßt sich nicht immer genau bestimmen, da die Fälle eines Geschlechts von Verbrechen gar zu verschieden sind, als daß die Gesetzgebung ein genaues Detail aller Fälle dieses Geschlechtes und für jeden die Dauer der Strafe festsetzen könnte; hier muß die Bestimmung der Dauer dem Ermessen des Richters überlassen bleiben. Oft sind mehrere Strafen gleich zweckmäßig, aber nicht allemal gleich räthlich und anwendbar, auch hier kann es nicht anders seyn, als daß das Gesetz mehrere Strafen nennt, und die Wahl in einzelnen Fällen dem Ermessen des Richters anheimstellt. Denn thut dies das Gesetz nicht, und kann die gesetzliche Strafe nicht angewandt werden, so hat ja ohnedies der Richter das Recht der Verwandlung. Das

Ge-

*) Servin S. 48. Graf Soden Geist d. teutsch. Crimin Gesetze Th. I. §. 39.

Gesetz thut also besser, wenn es mehrere zweckmäßige Strafen zugleich nennt, damit der Richter bey der speciellen Anwendung desto sicherer geleitet wird.

§. 132.

In wie fern kann Billigkeit die Willkühr des Richters leiten?

Eine weitere Prüfung verdient die Frage, in wie ferne die Willkühr des Richters auf Billigkeit beruhe? wie weit diese letzte dürfe angewandt werden? So viel ist richtig, daß so lange das Gesetz spricht, alle Billigkeit wegfällt, die jenem entgegen steht. Eben so gewiß ist es, daß Billigkeit eintreten dürfe, wo die gesetzliche Bestimmung aufhört. Aber sie muß mit der Analogie des Rechts und dem Geiste der Gesetzgebung übereinstimmen. Die Natur der Sache lehrt, daß in peinlichen Sachen Billigkeit häufiger eintrete, als in bürgerlichen. In Fällen letzterer Art ist es öfter Ungerechtigkeit gegen einen Theil, wenn man den andern billiger und gelinder behandelte, als es die Gesetze wollten; hier ist strenge Mittelstraße nöthig. Aber in peinlichen Fällen steht auf einer Seite das Wohl des Staats, auf der andern die Menschenrechte des Verbrechers; hier ist der Mittelweg breiter; der Richter kann eher den letzten nach der Billigkeit beurtheilen, ohne daß das Wohl des Staats darunter litte. Die Grundregel der Billigkeit, so viel gegenwärtige Materie betrift, besteht darin, daß das strenge Recht so gemildert, das Strafsystem so eingerichtet wird, daß man menschli-

cher Schwachheit verzeiht, und sie mit Nachsicht behandelt. Denn der offenbare Bösewicht kann auf billige Behandlung keinen Anspruch machen; gegen ihn tritt das strenge Recht ein. Die Hauptpflicht des Richters äussert sich also darin, daß er die specielle Lage des Verbrechers und die Umstände seiner That studirt, und alsdann billige Maasregeln anwendet, wenn er hinlänglichen Grund dazu entdeckt. Aber nicht willkührliche, nicht unbeschränkte Billigkeit kann das Herz des Richters leiten, sondern sie muß vom wirklichen Rechte anerkannt seyn, oder doch ihm nicht widersprechen. Der Richter muß sich auf den ausdrücklichen, oder stillschweigenden Willen des Gesetzgebers stützen können, wenn er bey den Strafen einen Verbrecher billiger als den andern behandeln will.

§. 133.

Von ganz willkührlichen Strafen, und den Regeln, die dabey zu beobachten sind.

Wenn wir die Sache nehmen, wie sie gegenwärtig ist, so ist es der Fall öfters, daß eine Handlung von den Gesetzen zwar zu einem Verbrechen gemacht, aber dessen Strafe nicht bestimmt, sondern des Richters Ermessen überlassen ist. Hat das Gesetz dieses gethan, so tritt der Richter an die Stelle des Gesetzgebers, und bestimmt das Uebel der Ahndung. Hiebey muß er gerade die Grundsätze beobachten, welche oben vom Maasstabe der Grösse und Art der Strafen sind angeführt worden *).

Vor-

*) Graf Soden Th. I. §. 39. Hagemanns und Günthers Archiv Th. 1. S. 87. 88. Böhmer ad Carpzov qu. 133. obs. 1.

Vortrefliche Regeln schreibt hier das römische Recht *) den Richtern vor, wie sie sich bey dem Gebrauche dieses Rechts zu verhalten haben. Etwas bestimmtere Grundsätze möchten folgende seyn: 1) Von mehreren Strafen wähle der Richter jene, welche mehrere Zwecke in sich vereinigt; wenn also eine Strafe moralisch bessert, die andere bessert und abschreckt, so geht diese vor. 2) Wenn zwey Strafen verschiedene Zwecke befördern, so ist jene Strafe zu wählen, die den wichtigern Zweck befördert **). 3) Von mehrern gleichen Strafen wähle der Richter jene, die den Beschädigten schadlos stellt. 4) Sind zwey Strafen gleich an Wirkung, so trete jene ein, die ein geringeres Uebel enthält ***), oder die Unschuld weniger beschädigt. 5) Wenn eine Strafe mehrere Beweggründe an die Hand giebt, so geht sie andern vor. 6) Von gleichen Strafen wird jene den Vorzug verdienen, welche den Staat mehr als die andere gegen den Verbrecher sichert. Kurz jene Strafe ist zu wählen, die nicht nur die bisher beschriebenen Eigenschaften hat; sondern auch dem speciellen Falle, der entschieden werden soll, am angemessensten ist. Hierin kann der Richter noch mehr thun, als der Gesetzgeber. Wenn dieser seinen Willen verkündet, so geht er auf alle künftige Fälle derselben Art; hier kann der Gesetzgeber sich unmöglich in die speciellen Umstände jedes Falles hineindenken, sondern er muß sich ein ganzes Aggregat von künftigen Fällen vorstel-

*) L. 11. L. 13. L. 16. L. 42. D. de poenis. Unterdessen da die römischen Richter eine grössere Gewalt, als unsere heutigen hatten, kann das römische Recht nicht so ganz unbedingte Anwendung finden, sondern nur dann tritt diese ein, wenn die heutigen Gesetze dem Richter wirklich erlaubt haben, nach seiner Willkühr zu verfahren.

**) von Globig und Huster Abh. S. 61. Feder Untersüber den menschl. Willen Th. III. §. 86. Nr. 1.

***) Corrodi von Bestrafung der Verbrechen; in Plitts Repertor. für das peinl. Recht Th. II. S. 147. Filangieri Band IV. Kap. 27.

stellen, und darnach die Strafe abmessen. Aber der Richter hat es immer mit einzelnen Fällen zuthun, ist von den speciellen Umständen einer jeden Sache unterrichtet; kann also die Strafe jedem einzelnen Falle anpassen, den Verbrecher nach seiner individuellen Lage behandeln, und in dieser Hinsicht viel Gutes stiften. Aus diesen Gründen ist es sehr natürlich, daß bey ganz willkührlichen Strafen die Ahndung der verschiedenen Fälle desselben Verbrechens oft sehr verschieden ausfällt. Wenn der Richter auch einmal die Missethat so bestraft hat, so folgt noch nicht, daß er die nämliche Strafe auf einen andern Fall derselben That wieder anwenden muß. Das Gesetz hat einmal die ganze Sache dem Ermessen des Richters überlassen, das ist, es will, daß er jenes Uebel wählen soll, was er in allem Betrachte für das zweckmäßigste hält. Nun hat der Richter das erstemal die That so bestraft; sie kömmt ihm das zweytemal mit denselben Umständen vor; aber seine Ueberzeugung hat sich geändert: er findet daß die Strafe, wie er sie das erstemal anwandte, die zweckmäßigste nicht sey; was kann ihn hindern, eine andere Strafe zu wählen, die er für besser hält? Dadurch, daß er das erstemal so strafte, hat er sich gewiß nicht verbindlich gemacht, die nämliche Strafe allemal zu wiederhohlen.

§. 134.

Schranken der richterlichen Willkühr nach teutschen Gesetzen. Kann willkührliche Strafe bis zum Tode steigen?

Aber erhebliche Schranken sind es, die der richterlichen Willkühr von teutschen Gesetzen vorgezeichnet sind. Der 104. Art. P. G. O. sagt ganz deutlich: wenn ein Verbrechen vom kayserlichen Rechte *) nicht peinlich bestra-

*) Was das Wort: kayserlich Recht heiße ist streitig. Ich habe keinen Anstand, es von allen Gesetzen zu verstehen, die in Teutschland

strafet werde, soll auch der Richter keine solche Strafe verhängen können. Und dies hat in der Natur der Sache Grund. Denn wenn auch das Gesetz dem Richter die Strafe überläßt, so ist gar nicht wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber ein so wichtiges Recht, als jenes über Leben und Körper der Menschen ist, dem Willen des Richters überlassen habe. Hiemit wird die so streitige Frage entschieden, ob eine willkührliche Strafe bis zur Todesstrafe dürfe erhöhet werden? Dieß muß ich um so mehr verneinen, da nach der eben gedachten Verfügung der P. G. O. nicht einmal dem Richter zu erlauben ist, daß er in willkührlichen Fällen eine peinliche Strafe erkenne, da man ihm nur das Recht ertheilen kann, in einer solchen Voraussetzung bürgerlich zu strafen. Um so weniger kann ich also der Meinung jener *) beystimmen, die dem Richter gestatten, eine willkührliche Strafe bis zum Tode des Verbrechers zu erhöhen. Die Gründe dieser Behauptung erweisen dieselbe nicht. Man stützt sich auf Gesetze **), die von einem ganz andern Falle sprechen. Manchesmal nennt nämlich das Gesetz mehrere Strafen, worunter der Richter wählen darf, und unter diesen auch die Todesstrafe. Alsdann darf freylich der Richter auf diese letzte erkennen; denn das Gesetz hat es ihm ausdrüklich erlaubt. Wenn es heißt: der Thäter soll am Leibe oder Leben gestraft werden; wer zweifelt daran, daß der Richter auf die letztgedachte Strafe sprechen

 dür-

land allgemein gültig sind; sie mögen nun ursprünglich teutsch, oder angenommen seyn. Bey beyden ist der nämliche Grund, beyde sind unser kayserliches Recht.

*) Matthaeus de crimin. proleg. C. 4. n. 11. Gomez variar. resolut. L. III. C. 6. n. 8. Böhmer ad art. 105. §. ult. und ad Carpzov qu. 133. obs. 2.

**) L. 7. §. ult. D. ad L. Iul. repetund. L. 6. ad L. Iul. pecul. L. 9. D. de extraord. crimin. L. ult. D. de sepulcr. viol. Art. 112. 113. 160. 177. 178. P. G. O. Einige Gesetze, die nebst dem noch angeführt werden, erweisen gar nichts, z. B. L. 11. L. 13. D. de poenis.

dürfe. Dies ist die Sprache der Gesetze, die von den genannten Schriftstellern angeführt werden. Sie beweisen aber gar nicht, daß eine ganz willkührliche Strafe bis zum Tode könne geschärfet werden; sondern es folgt nur so viel daraus, daß der Richter die Lebensstrafen dann anwenden dürfe, wenn das Gesetz ihm deren Wahl ausdrücklich gestattet *).

§. 135.

Strafen, die nur zum Theil willkührlich sind.

Nebst den ganz willkührlichen Strafen giebt es auch solche, die zum Theile dem Ermessen des Richters überlassen sind. Dieß kann auf dreyerley Art gedacht werden. Es kann seyn, daß das Gesetz nur eine Strafe vorschreibt, aber die Dauer derselben dem Richter überläßt. Es ist möglich, daß das Gesetz mehrere Strafen vorzeichnet, und unter diesen dem Richter gleiche Wahl gestattet. Endlich ist es gedenkbar, daß das Gesetz nur eine Strafe nennt, und auf den Fall, wenn diese nicht eintreten kann, eine andere verordnet. In den beyden ersten Fällen ist der Richter befugt, jene Strafe zu wählen, oder der gesetzlichen jene Dauer zu geben, die den Umständen am angemessensten ist. Nur ist zwischen ganz willkührlichen Ahndungen und jenen, die es nur zum Theile sind, der Unterschied, daß bey den letzten der Richter nur unter jenen Strafen wählen darf, die das Gesetz nennt **), oder, wenn ihm die Dauer überlassen ist, der Richter bey der im Gesetze genannten Strafe muß stehen bleiben. Denn eben deswegen, weil das Gesetz eine oder mehrere Strafen nennt, ist sein Wille, daß eine von

*) Dies behaupten Quistorp §. 101. Carpzov. qu. 133. n. 25. sq. und viele andere.

**) Archiv von Hagemann und Günther Th. I. S. 99. Böhmer ad Carpzov qu. 133. obs. 1.

von den genannten Strafen angewandt werde; sonst wäre die ganze Verordnung ohne Zweck und Wirkung; eben dadurch schließt also das Gesetz andere nicht genannte Strafen aus. Wenn mehrere genannte Ahndungen gleichen Zweck erreichen, aber an der Grösse verschieden sind, so will es das Wohl der Menschheit und der Geist der positiven Gesetze, daß die gelindere Strafe müsse angewandt werden. Beschränkter ist die Macht des Richters im dritten oben gedachten Falle. Wenn das Gesetz z. B. sagt: es soll Geldbuße und wenn diese nicht möglich ist, körperliche Strafe eintreten; so ist der Richter schuldig, so lange als möglich auf Geldstrafe zu erkennen, und nur alsdann das andere Uebel zu wählen, wenn jenes nicht zum Vollzug zu bringen ist. Hat das Gesetz mehrere Uebel auf den Fall genannt, wenn das erste nicht kann angewandt werden, so muß, wenn dieser Fall eintritt, jenes Uebel gewählt werden, was jenem am nächsten kömmt, das zuerst und vorzüglich hätte statt finden sollen.

§. 136.

Wer hat bey alternativen Strafen das Recht zu wählen?

Endlich entsteht die Frage: wenn ein Gesetz oder Urtheil mehrere Strafen alternativ gegen ein Verbrechen verordnet, wer das Recht zu wählen habe, der Richter oder der Missethäter? Strafsachen haben im allgemeinen die Natur, daß sie der Privatwillkühr gar nicht unterworfen sind; die Verbindlichkeit des Verbrechers zur Strafe ist absolut; er muß derjenigen sich unterwerfen, die der Staat gesetzmäßig über ihn verhängen wird. Wenn also das Gesetz mehrere Strafen auf alternative Art drohet, so hat nicht der Verbrecher, sondern der Richter die Wahl. Denn eben diese ist ein Theil der Anwendung der Gesetze, kann also nur dem Richter zukommen,

men,

men, dessen Hauptpflicht darin besteht, vorkommende Fälle nach dem Gesetze zu entscheiden. Es kann seyn, daß das Gesetz dem Verbrecher die Wahl läßt, dieß ist aber Ausnahme, und im Zweifel nicht zu vermuthen. Wenn aber ein Urtheil gegen ein Verbrechen diese oder jene Strafe setzt, dann kömmt es auf die Verschiedenheit der Fälle an. Nehmen wir zuerst einen Richter, der zugleich untersucht, entscheidet, und vollzieht. Wenn dieser im Urtheile einige Strafen alternativ erkennt: so kann Niemand anders, als der Verbrecher die Wahl haben. Denn hätte der Richter genau bestimmen wollen, so hätte er eine gewisse Strafe vorzeichnen müssen. Da er nun auf diese oder jene erkennt, da außer dem Verbrecher Niemand vorhanden ist, der wählen könnte, so muß diesem letzten nothwendig die Wahl verbleiben. Aber wenn der Oberrichter, oder ein auswärtiges Collegium ein alternatives Urtheil spricht, und es dem Richter zur Vollstreckung zusendet; so ist wahrscheinlicher, daß dieser letzte die Wahl habe, unter den im Urtheile gedachten Uebeln eines zu bestimmen, als daß dem Verbrecher diese Wahl zustehen soll. Denn da der Staat das meiste Interesse hat, daß zweckmäßige Strafen erkannt werden, so muß auch ihm und seinen Dienern ein vorzüglicheres Recht zukommen, die Strafe festzusetzen; so ist diesen hierin ein Vorzug vor dem Missethäter zu gestatten, da der Willkühr des letzten so wenig als möglich zu überlassen ist, und dies nicht eher, als bis es ausdrücklich ist bestimmt worden *). Uebrigens ergiebt die Natur der Sache, daß Urtheile der Regel nach fehlerhaft sind, wenn sie alternative Vorordnungen enthalten; es wäre dann, daß besondere Umstände den Verfasser des Urtheils zu einer Bestimmung dieser Art verleiteten.

*) Aehnliche Grundsätze heget Böhmer ad Carpzovium qu. 133. obs. 3.

BSB MÜNCHEN

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Kleinschrod, Gallus Aloys Kaspar, 1762-1824

Gallus Aloys Kleinschrod's Hofraths und Professors der Rechte auf der Julius-Universität zu Würzburg systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung
Bd.: Zweyter Theil

Erlangen 1794

Crim. 465 d-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396388-8
VD18 80266657-001